



Universidades Lusíada

Noronha, Henrique Manuel Gomes

Isenção de responsabilidade do agente encoberto : (ir)responsabilidade pela prática de atos típicos

<http://hdl.handle.net/11067/1928>

Metadados

Data de Publicação	2014
Resumo	<p>A temática relacionada com a intervenção do agente encoberto e/ou provocador é recorrente na área jurídico-penal devido à natureza controversa que pode desencadear no decurso da intervenção e percurso investigatório. O agente encoberto não é uma figura recente, mas a sua utilização tem vindo a ser restringida exclusivamente à criminalidade organizada. Este meio de obtenção de prova ou técnica de investigação criminal obedece a estritos princípios jurídico-penais – proporcionalidade, adequação, ...</p> <p>Abstract: The issue related to the intervention of the covert agent and/or of entrapment is a recurrent one in the criminal area, due to the controversial nature that could be triggered by his/her behavior during the intervention and investigative route. The undercover agent is not a recent figure, but its use has been admitted solely within the framework of organized crime. These means of obtaining evidence and this criminal investigation technique must obey to strict criminal legal principle...</p>
Palavras Chave	Direito, Direito penal, Crime organizado, Investigação, Investigação Criminal, Agente encoberto, Isenção de responsabilidade
Tipo	masterThesis
Revisão de Pares	Não
Coleções	[ULP-FD] Dissertações

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-12-26T06:47:44Z com informação proveniente do Repositório



UNIVERSIDADE LUSÍADA DO PORTO

**ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO
(IR) RESPONSABILIDADE PELA PRÁTICA DE ATOS TÍPICOS**

HENRIQUE MANUEL GOMES NORONHA

DISSERTAÇÃO PARA OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRE

ORIENTADOR: PROFESSOR DOUTOR MÁRIO MONTE

PORTO, 2014

DEDICATÓRIA

**À Ondina e Catarina, sem o seu apoio e compreensão o caminho percorrido seria,
certamente, infindável.**

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Professor Doutor Mário Monte, meu orientador, pelo apoio, incentivo e gentileza demonstrados durante o período de elaboração da dissertação apresentada. Sem o seu apoio, opiniões e erudição, este trabalho dificilmente ultrapassava a mera fase de projecto. Foi uma honra ter como orientador o Senhor Professor, a quem deixo expresso o meu profundo reconhecimento.

**"No fundo, só se sabe que sabemos pouco; com o saber cresce a dúvida." Johann
Goethe**

RESUMO

A temática relacionada com a intervenção do agente encoberto e/ou provocador é recorrente na área jurídico-penal devido à natureza controversa que pode desencadear no decurso da intervenção e percurso investigatório.

O agente encoberto não é uma figura recente, mas a sua utilização tem vindo a ser restringida exclusivamente à criminalidade organizada. Este meio de obtenção de prova ou técnica de investigação criminal obedece a estritos princípios jurídico-penais – proporcionalidade, adequação, necessidade, subsidiariedade – que confluem no sentido da sua utilização só ser admissível quando todos os outros meios não forem suficientemente capazes e eficazes na obtenção da prova na investigação e prevenção criminal.

Os limites entre a ação encoberta e a provocação são muito ténues, suscitando ao agente infiltrado uma formação pessoal e ética muito forte e fundada em valores e princípios cimentados no respeito pelos direitos, liberdades e garantias individuais. Exige-se do agente encoberto que a sua ação seja informativa e não formativa do crime e do criminoso.

O recurso ao agente infiltrado na legislação nacional e internacional obedece a requisitos materiais e formais adequados ao respetivo sistema e ordenamento jurídico. Apesar das diferenças existentes entre sistemas e ordenamentos jurídicos, a matriz jurídico-legal prevalecente reconhece que os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana se sobrepõem a qualquer técnica de investigação criminal.

A intervenção e controlo da ação encoberta pela Magistratura do MP ou Judicial durante a investigação exprime um sentido e função que compete exclusivamente a estes por forças das competências no inquérito criminal. A sua intervenção em toda a linha dirige-se para a tutela preventiva de direitos fundamentais do visado e terceiro, mas também da sua conformidade à lei que passa pela verificação, em concreto, de todos os pressupostos prescritos pela lei.

A opção legislativa de reconhecer a isenção de responsabilidade penal do agente encoberto, desde que não induza ou instigue o sujeito à prática de um crime, permite-lhe participar na atividade criminosa desenvolvida pelos sujeitos, contanto que esses atos sejam proporcionais aos fins visados pela ação encoberta. Impede-se por esta via que o agente encoberto adote uma conduta de impulso ou instigação dessa atividade, sob pena de se transformar no agente provocador.

ABSTRACT

The issue related to the intervention of the covert agent and/or of entrapment is a recurrent one in the criminal area, due to the controversial nature that could be triggered by his/her behavior during the intervention and investigative route.

The undercover agent is not a recent figure, but its use has been admitted solely within the framework of organized crime. These means of obtaining evidence and this criminal investigation technique must obey to strict criminal legal principles – proportionality, adequacy, necessity, subsidiarity – that altogether are only admissible when all other means are not sufficiently capable and effective in obtaining evidence in criminal investigation and prevention.

The boundaries between covert action and provocation are very faint and are only effective when the undercover agent has a personal training and very strong ethics, founded on values and principles that are cemented in respect for individual rights, freedoms and guarantees. The undercover agent must be required to take a kind of action which is informative and formative of the crime, and not of a criminal nature.

The use of an undercover agent in national and international legislation must obey the formal and material requirements suited to the respective system and legal system. Despite the differences between systems and legal systems in all of them the prevailing legal matrix recognizes that fundamental rights and the dignity of the human person overlap any criminal investigation technique.

Intervention and control of covert action by the MP or Judicial Magistratura during the investigation reveals a sense and function that is solely of the competence of these powers in the criminal inquiry. Their remarks across the board are heading for the preventive protection of fundamental rights, but also toward their conformity to the law that must go through verification, in particular of all the prescribed assumptions by the law.

The legislative option to recognize the exemption from criminal liability of the undercover agent, provided that they do not induce or instigate the subject to commit a crime, allows you to participate in criminal activity developed by the subjects since these acts are proportionate to the purposes pursued by the covert action. This route prevents the undercover agent of boosting or instigating this activity, under penalty of becoming an agent provocateur.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

PALAVRAS- CHAVE

AGENTE ENCOBERTO

AGENTE PROVOCADOR

CRIMINALIDADE ORGANIZADA

DIREITOS FUNDAMENTAIS

EXCLUSÃO DA ILICITUDE

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

SIGLAS E ABREVIATURAS UTILIZADAS

AC – Acórdão

ACPO – Association of Chief Police Officers

BFDUC – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

CEJ – Centro de Estudos Judiciários

CHIS – Covert Human Intelligence Source

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

DCIAP – Departamento Central de Investigação e Ação Penal

DL – Decreto-Lei

DOJ – Department of Justice

DUDH – Declaração Universal dos Direitos do Homem

FBI – Federal Bureau of Investigation

GNR – Guarda Nacional Republicana

JIC – Juiz de Instrução Criminal

LC – Lei Constitucional

LOIC – Lei da Organização da Investigação Criminal

MP – Ministério Público

OPC – Órgão de Policia Criminal

PACE – Police and Criminal Evidence Act

PJ – Polícia Judiciária

PSP – Polícia de Segurança Pública

RIPA – Regulation of Investigatory Power Acts

RLJ – Revista de Legislação e Jurisprudência

RMP – Revista do Ministério Público

RPCC – Revista Portuguesa de Ciências Criminais

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC - Tribunal Constitucional

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

UE – União Europeia

ÍNDICE GERAL

INTRODUÇÃO	11
PARTE I.....	16
DA CONCEÇÃO À IMPLEMENTAÇÃO DO AGENTE ENCOBERTO. 16	
CAPÍTULO I	16
GÉNESE DAS AÇÕES ENCOBERTAS E DO AGENTE ENCOBERTO. 16	
INTRODUÇÃO	16
1. CONTEXTO HISTÓRICO DAS AÇÕES ENCOBERTAS E DO AGENTE INFILTRADO	18
2. A (R) EVOLUÇÃO JURÍDICA E AS TRANSFORMAÇÕES POLÍTICO-CRIMINAIS	27
3. O AGENTE ENCOBERTO: CARACTERIZAÇÃO E DISTINÇÃO DE FIGURAS AFINS	38
3.1 <i>O Informador</i>	38
3.2 <i>O Colaborador</i>	44
3.3 <i>O Arrependido</i>	49
4. O AGENTE ENCOBERTO E O AGENTE PROVOCADOR: APROVAÇÃO E REPROVAÇÃO.....	55
5. OS NOVOS FENÓMENOS CRIMINAIS E OS MEIOS DISPONÍVEIS PARA A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL	58
SÍNTESE INTERCALAR.....	65
CAPÍTULO II.....	69
EVOLUÇÃO JURÍDICA DA FIGURA DO AGENTE ENCOBERTO.....	69
INTRODUÇÃO	69
1. O AGENTE ENCOBERTO CONTEMPORÂNEO	71
2. A FIGURA NOS DIVERSOS SISTEMAS JURÍDICOS.....	76
2.1 <i>O paradigma da Civil Law e da Common Law no tratamento do agente encoberto</i>	86
3. A CRIAÇÃO E EVOLUÇÃO DA FIGURA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS.....	93
3.1 <i>A dinâmica precursora dos DL 430/83, DL 15/93 e da Lei 36/94</i>	93
3.2 <i>Objeto e objetivos do DL 430/83 e 15/93 e da Lei 36/94 no contexto da criminalidade organizada e global</i>	95
4. A DOCTRINA E A JURISPRUDÊNCIA NACIONAL.....	100

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

5. A DOCTRINA E A JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL	111
SÍNTESE INTERCALAR.....	119
PARTE II.....	122
O AGENTE ENCOBERTO NO ORDENAMENTO JURIDICO	
PORTUGUÊS.....	122
CAPÍTULO I.....	122
A OPÇÃO DO LEGISLADOR NACIONAL NAS AÇÕES ENCOBERTAS	122
INTRODUÇÃO.....	122
1. FUNDAMENTOS DO REGIME JURÍDICO	124
2. A PROPOSTA DE LEI	129
3. O DIREITO DA UE E A REPERCUSSÃO NA LEGISLAÇÃO NACIONAL	133
4. A LEI DAS AÇÕES ENCOBERTAS E A CONFORMIDADE COM A CRP	138
5. ANÁLISE DO REGIME JURÍDICO	144
5.1 – <i>Exposição prévia</i>	144
5.2 <i>Objeto</i>	145
5.3 <i>Âmbito de aplicação</i>	154
5.4 <i>Requisitos</i>	156
5.5 <i>Proteção de funcionário e terceiro</i>	159
5.6 <i>Identidade fictícia</i>	161
SÍNTESE INTERCALAR.....	163
CAPÍTULO II.....	167
O N.º 1, DO ARTIGO 6º DO REGIME JURÍDICO DAS AÇÕES	
ENCOBERTAS	167
(ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE)	167
INTRODUÇÃO.....	167
1. O PROBLEMA E AS DIVERSAS OPÇÕES (AGENTE ENCOBERTO VS PROVOCADOR).....	169
2. LIMITES PARA A INTERVENÇÃO: A ADEQUAÇÃO E A PROPORCIONALIDADE.....	171

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

3. O TIPO LEGAL	175
4. ATOS PREPARATÓRIOS/ATOS DE EXECUÇÃO	178
4.1 Atos Preparatórios	178
4.2 Atos de execução	179
5. FUNDAMENTOS DA ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE.....	181
5.1 Elementos objetivos dos tipos justificadores.....	183
5.2 Elementos subjetivos dos tipos justificadores	186
6. OS TIPOS JUSTIFICADORES	187
CAUSAS DE JUSTIFICAÇÃO (EXCLUSÃO DA ILICITUDE E DA CULPA)	187
6.1 Exclusão da Ilícitude.....	188
6.2 Exclusão da culpa.....	190
7. AS CAUSAS DE JUSTIFICAÇÃO E A SUA APLICAÇÃO NA ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE	192
8. CONCRETAS FORMAS DE AUTORIA E CUMPLICIDADE	198
8.1 Autoria e coautoría	199
8.2 Autoria mediata	200
8.3 Instigação.....	200
8.4 Cumplicidade.....	201
9. LIMITES DA CAUSA DE EXCLUSÃO	202
10. PROCEDIMENTO CRIMINAL E RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE ENCOBERTO	206
11. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO AGENTE ENCOBERTO E DA ADMINISTRAÇÃO	212
SÍNTESE INTERCALAR.....	216
SÍNTESE FINAL.....	219

Introdução

O estudo que nos propomos conduzir tem como escopo a isenção de responsabilidade do agente encoberto ou infiltrado, para fins de prevenção e investigação criminal, no âmbito do regime jurídico das ações encobertas.

A escolha deste tema releva do conjunto de fatores pessoais e profissionais, mas também do sentir que o regime jurídico traçado, como seria expectável, face ao conteúdo normativo e intencionalidade político-criminal, carece de reflexão e permanente atualização perante uma sociedade em mutação constante e acelerada que exige dos teóricos e práticos capacidade para interpretar e aplicar o modelo adotado pelo legislador nacional.

A sociedade aberta e pluralista, caracterizada pela globalização social e económica, com o protagonismo dos meios de comunicação e informação, as transformações ou ausência de valores morais e éticos, num quadro de desigualdades sociais e económicas em que as oportunidades não podem ser desperdiçadas, impõe que os Estados recorram ao Direito para poder regular e conformar as novas realidades emergentes.

Nos meados do século XX começou a impor-se uma alteração substancial no tipo de criminalidade até então existente. A matriz prevalecente, correspondente a um tipo de criminalidade caracterizada pela autoria singular ou de comparticipação grupal, alterou-se com a emergência de uma nova realidade que passou a ser identificada por: **crime organizado**. A sua evolução paulatina e consistente, associada a alterações políticas e sociais internacionais e despontar de novas tecnologias a vários níveis, conduziu ao surgimento de novas oportunidades criminosas que rapidamente se disseminaram e implementaram à escala global.

A nova criminalidade apresenta conexões estreitas e fortes com a sociedade globalizada e conectada e repercute-se nos valores culturais e vivenciais da comunidade. A sociedade aberta que privilegia a livre circulação de pessoas, mercadorias e capitais sem controlo efetivo, que assiste à dramática expansão e acesso à Internet e capacidade para comunicação à distância, revelou-se incapaz para evitar a criação, desenvolvimento e, frequentemente, profissionalização do crime, consolidado em organizações criminosas que ameaçam o seu desenvolvimento à escala regional ou global.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

Neste aspeto, e a título paradigmático da nova realidade criminosa organizativa/empresarial, centremo-nos nas transformações/conversões operadas, desde meados da década de 90, nas redes de contrabando de tabaco a operar na costa marítima da Galiza. Para esta transformação terão contribuído dois fatores fundamentais: a supressão em janeiro de 1993 dos controlos relativos ao tráfego de mercadorias no mercado interno da União Europeia e os enormes proventos advindos do tráfico/transporte de Cocaína. As estruturas então existentes, para desenvolver a atividade tradicional de contrabando aduaneiro, foram reestruturadas e adaptadas para interagir com organizações de caráter transnacional, como são as da produção e tráfico de Cocaína sediadas na América do Sul. O aproveitamento desta estrutura regional, de expressão criminal e financeira de pequena dimensão, permitiu rapidamente a criação de uma organização transnacional com benefícios financeiros incalculáveis¹. Este tipo de criminalidade conduz inevitavelmente a outras manifestações correlativas de criminalidade - v.g. branqueamento de capitais, corrupção, tráficos de outros tipos, violência física - que vão implicar necessariamente uma resposta concertada dos controlos formais, nomeadamente de natureza policial e judicial.

Neste contexto e com o sentido de se desenvolver uma estratégia global, as Nações Unidas, durante a década de 90, identificaram 18 categorias de crimes transnacionais com efeitos diretos ou indiretos em, pelo menos, dois países. O papel universal das Nações Unidas foi fundamental para a definição da estratégia e áreas temáticas e, simultaneamente, a referenciação dos instrumentos legais, compatíveis com o Estado de Direito, suscetíveis de erradicar ou, se tal não for possível, desencorajar a criminalidade organizada.

O reconhecimento do papel central do crime organizado, no âmbito do crime transnacional, impeliu as Nações Unidas a promover a Convenção Internacional Contra o Crime Organizado Transnacional, em 15 de novembro de 2000, em Palermo, subscrita a 12 de dezembro daquele ano e ratificada, em 10 de maio de 2004, por Portugal, com o objetivo de promover e combater o crime organizado de forma mais eficiente a nível global.

Precedendo a Convenção das Nações Unidas, já a União Europeia, no Conselho Europeu de Viena, em dezembro 1998, e no Conselho Europeu de Tampere, outubro de 1999,

¹O relatório da UNDOC – World Drug Report 2012- contém elementos globais e regionais sobre a atividade de tráfico de Cocaína na Europa, no ano de 2010. As apreensões de Cocaína na Europa Central totalizam mais de 60 toneladas, das quais 25 ton. apreendidas em Espanha e 3 ton apreendidas em Portugal. Segundo o mesmo relatório, o preço de 1Kg de Cocaína, em Espanha, é cerca de 45.000Dólares e em Portugal 40.000Dólares, valores consideravelmente inflacionados na venda direta. Disponível em <http://www.unodc.org/unodc/en/drug-trafficking/index.html>, acedido em maio 2013.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

adotou uma estratégia de prevenção e controle do crime organizado que incluía trinta e nove recomendações e uma estratégia refletida em onze objetivos².

Foi com esta nova realidade que, em junho de 2001, o Governo apresentou à Assembleia da República a **Proposta de Lei 79/VIII**, referente ao Regime Jurídico das Ações Encobertas para Fins de Prevenção e Investigação Criminal, considerando ser este um mecanismo importantíssimo de investigação criminal na área da criminalidade grave e crime organizado, materializada na **Lei 101/2001**, de 25 de agosto.

Será a partir desta Lei que vamos desenvolver o *thema decidendum* do nosso trabalho, constituído por duas partes – compostas por dois capítulos, divididos por secções -.

A nossa exposição parte da conceção à implementação do agente encoberto para no percurso incluir: a génese do agente encoberto e a evolução da figura ao longo do tempo, desde os primeiros registos na era Romana³ até à introdução nas polícias Francesa e Inglesa⁴, no decurso dos séculos XVII e XVIII; a (r)evolução jurídica e o movimento cultural e intelectual Iluminista e a repercussão nas políticas criminais que colocaram a pessoa humana e os direitos e liberdade como valores supremos na relação cidadão/Estado; as diversas figuras afins – informador, colaborador e arrependido e a sua caracterização e distinção no plano material e penal – que frequentemente são confundidas com o agente encoberto; distinção formal e legal entre agente encoberto e agente provocador, a saber, entre uma conduta legal e prevista na lei e a outra – ilegal -, caracterizada pela violação grosseira do disposto nos artigos 32º, nº 8 da CRP e art. 126º, nº 1 e 2 do CPP, ofensiva de valores e direitos constitucionais consagrados no art. 1º e 2º da CRP e reconduzível às proibições de prova com a consequente nulidade e responsabilidade penal do provocador; para encerrar o primeiro capítulo abordamos a questão dos hodiernos fenómenos criminais da atualidade e os meios ao dispor da investigação criminal para encarar os riscos que enfrenta a sociedade atual.

²Disponível http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/fight_against_organised_crime/index_en.htm. Objetivo a serem concretizados nas seguintes áreas e matérias: reforçar a recolha e análise de dados do crime organizado; prevenir a entrada do crime organizado no setor público e privado; reforçar a prevenção do crime organizado e as parcerias entre a justiça criminal e a sociedade civil; rever e melhorar a legislação criminal e controlar e regular as polícias na U.E.; reforçar as investigações do crime organizado; reforçar a Europol; identificar, congelar e confiscar o produto do crime; reforçar a cooperação entre as forças policiais nacionais e com as da U.E. reforçar a cooperação com os países candidatos à União; reforçar a cooperação com países terceiros e outras organizações internacionais e, por último, monitorizar a implementação das medidas de prevenção e controle do crime organizado.

³ E. Gibbon, *The History of the Decline and Fall of the Roman Empire*, Vol. 1

⁴ C. Fijnaut e J.C.F e G.T. Marx ” *Undercover: Police Surveillance in Comparative Perspective*, pp 2-

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

No segundo capítulo vamos analisar a evolução jurídica da figura do agente encoberto que nesta perspectiva vai incluir: o agente encoberto na contemporaneidade e a sua utilização nos dois sistemas jurídicos mais representativos do mundo ocidental: representação da figura no modelo da Civil Law e Common Law e a sua caracterização; a dinâmica precursora e a evolução legislativa associada ao D.L. 430/83, art.52º, e DL 15/93, art. 59º e 59-A, bem como da Lei 36/94 no seu art. 6º, os primeiros no âmbito do Tráfico de Estupefacientes e o último no âmbito das Medidas de Combate à Corrupção e Criminalidade Económica e Financeira, normas entretanto revogadas pelo DL 101/2001; a doutrina e jurisprudência nacional e internacional serão objeto de reflexão decorrente da seleção de várias decisões judiciais, reconhecidas como paradigmáticas na abordagem do tema, que permitem situar o epicentro da questão na perspectiva nacional e internacional de acordo com os modelos jurídicos consignados no respetivo ordenamento legal.

Na segunda parte, igualmente composta por dois capítulos e secções, vamos ocupar-nos da matéria substantiva - O agente encoberto no ordenamento jurídico português - do nosso estudo. Princípios por atender à opção do legislador nacional quanto ao regime jurídico das ações encobertas, perscrutando os fundamentos jurídicos e a influência da legislação comunitária, bem como a sua receção na Constituição; analisamos a proposta de lei apresentada pelo governo que, satisfazendo os requisitos constitucionais e legais, recolheu aprovação unânime dos grupos parlamentares; trazemos à colação a repercussão da legislação da União Europeia na legislação nacional; aferimos da necessária conformidade da lei das ações encobertas com os parâmetros constitucionais; concluímos a nossa apreciação neste capítulo com a análise da natureza do regime jurídico que apresenta como soluções normativas preponderantes: alargamento taxativo do elenco de crimes que permite recorrer à ação encoberta; controlo jurisdicional das ações encobertas com autorização de magistrado e controlo jurisdicional *a posteriori*; regras de proteção do agente nas diversas fases da intervenção encoberta; regime jurídico de identidade fictícia para utilização no tráfico jurídico e social; e, por último, a criação de regime de isenção de responsabilidade penal por factos típicos praticados no âmbito da ação encoberta.

No segundo capítulo focamos o *thema decidendum* do nosso trabalho - Isenção de responsabilidade do agente encoberto - desenvolvendo as seguintes proposições: caracterização do agente encoberto e do provocador de acordo com os critérios formais-materiais prevalecentes no respetivo sistema jurídico; recurso ao agente encoberto limitado

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

pelo(s) princípio(s) da adequação e proporcionalidade, devido ao potencial perigo que representa para direitos fundamentais, considerados imprescindíveis para a concessão e utilização deste método de prevenção e investigação criminal; análise da norma do tipo legal do art. 6º que no nº1 regula e define os limites para a atuação do agente encoberto em termos substantivos e no nº 2 prevê o formalismo processual e judicial no caso de instauração de procedimento criminal; apresentamos a nossa visão sobre a distinção e definição de atos preparatórios e de execução como forma de participação na execução do ilícito-típico; a isenção de responsabilidade apresenta-se como *punctum saliens* do nosso trabalho, face ao qual, se impõe reconhecer os respetivos fundamentos, os tipos ou causas de justificação e a função teleológica que lhes está associada - exclusão da ilicitude ou da culpa ou ambas -; relevante na intervenção do agente encoberto é determinar as formas de autoria, ou cumplicidade, legalmente admitidas durante o exercício da intervenção; para concluir o segundo capítulo, vamos chamar à colação a questão do procedimento criminal e da responsabilização criminal ou civil do agente encoberto e/ou da administração face ao novo regime da responsabilidade civil do Estado e dos funcionários.

A lei das ações encobertas e a previsão de isenção de responsabilidade do agente encoberto surgem como a resposta adequada e eficaz para combater a criminalidade organizada, que não conhece limites internos ou externos e cuja danosidade não é mensurável devido à extensão e ocultismo de que se reveste.

Não sendo possível descuidar os perigos que estão associados à utilização da ação encoberta e conduta do respetivo agente, consideramos que os *check and balances* obtidos pelo controlo judicial durante a utilização são suficientemente dissuasores e permitem o controlo efetivo dos envolvidos a coberto da autorização legal.

Apesar do progresso e das inovações tecnológicas que surgem diariamente, acreditamos que o meio mais seguro e eficaz para investigar a criminalidade organizada é o recurso à ação encoberta pelo contacto pessoal e racional estratégico que a sua utilização necessariamente determina.

Parte I

DA CONCEÇÃO À IMPLEMENTAÇÃO DO AGENTE ENCOBERTO

Capítulo I

Génese das Ações Encobertas e do Agente Encoberto

Introdução

Neste capítulo vamos efetuar um **percurso histórico-legal** das ações encobertas e do agente encoberto, desde as primeiras manifestações até à contemporaneidade, convocando os recortes normativos da *common law* e *civil law*, devido à significativa relevância que emprestaram a este instituto jurídico. O recurso a este método de investigação criminal nos dois paradigmas tipologicamente mais consistentes e estabilizados na sua utilização revela, em comum, forte preocupação com os direitos fundamentais e a intervenção abusiva das instâncias de perseguição. Perseguindo o mesmo objectivo, o percurso é realizado por vias distintas: no primeiro com apelo à dimensão processual enquanto no segundo a dimensão é essencialmente substantiva.

O movimento de ideias, de matriz liberal e democrático, que começou no século XVII-XVIII e percorreu o continente Europeu e Norte-americano, inspirou a vontade de mudança fundada na convicção da capacidade do Homem para transformar o mundo e conduziu à criação dos direitos e liberdades do homem e do cidadão perante o Estado. A sua influência em Portugal manifestou-se desde aquela época até à consagração no texto constitucional atual - quer pelos direitos fundamentais positivamente revelados nos textos

constitucionais, quer pelos direitos humanos revelados nos tratados e convenções internacionais⁵ - na “parte dogmática” abrangendo os direitos fundamentais.

As ações encobertas são frequentemente confundidas ou associadas com **figuras afins**, nomeadamente o informador, colaborador e arrependido, que não sendo positivamente reconhecidas pela ordem jurídica e, como tal, não constituindo um meio de obtenção da prova podem ser utilizadas como meio de investigação criminal.

Prosseguimos com a caracterização e distinção destas figuras, no contexto nacional e internacional, que permite constatar a ausência de definição e regulação nacional, contrariamente ao verificado no plano externo. Pela sua relevância e inovação analisamos a abordagem realizada pela jurisprudência sobre a figura do arrependido, na decisão do STJ, na sentença proferida no Julgamento das FP's 25. Aferimos a utilidade destas figuras no contexto internacional e as implicações decorrentes da matriz do sistema *adversarial* (princípio da oportunidade) por contraposição ao sistema inquisitorial⁶ (princípio da legalidade) que vão ser objeto de consideração no plano legal.

Especial atenção merece, no nosso estudo, a dicotomia **agente encoberto/provocador** e a função delimitadora gerada pela Lei 101/2001 – Regime Jurídico das Ações Encobertas para Fins de Prevenção e Investigação Criminal – que consubstancia um regime de isenção da responsabilidade criminal dos agentes da polícia criminal ou terceiro, por factos típicos praticados no decurso da investigação encoberta, em qualquer forma de participação diversa da instigação e da autoria mediata. O regime de isenção da responsabilidade, previsto no termos legais, contribuiu decisivamente para se fixar o modo e limite do agente encoberto e sua regular intervenção.

Concluimos o primeiro capítulo com a convicção que regime jurídico criado em 2001 veio corporizar a necessidade de conceder à investigação criminal e ao aparelho judicial um instrumento eficaz para enfrentar os novos e graves problemas colocados pelo **crime**

⁵ A CRP foi sensível a tragédias contemporâneas de genocídio e racismo que determinou a constitucionalização do direito internacional e dos direitos humanos. Esta constitucionalização impeliu à aceitação da jurisdição do Tribunal Penal Internacional, nas condições de complementaridade estabelecidas no Estatuto de Roma que possuiu sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional, CRP cfr. art. 7º.

⁶ A qualificação de sistema inquisitorial vs adversarial é muito utilizada pelos autores anglo-saxónicos que parecem querer associar aquele sistema ao modelo inquisitório relacionado com instituições criadas pela Igreja Católica para supressão da heresia no seu seio. Não podemos concordar com esta visão retrógrada e descompassada do sistema jurídico continental e esta distinção será, sumariamente, referenciada no título respetivo.

organizado. A vida em sociedade aberta, democrática e de risco trouxe para a comunidade nacional e internacional um acervo de criminalidade organizada, distinta da criminalidade clássica. O novo paradigma criminal impôs a união de esforços das entidades nacionais e supra nacionais, quer pela via legislativa, quer pela via da cooperação policial e judicial, traduzidos, entre outros, na criação ou atualização de novos meios para a investigação e prossecução criminal. A ação encoberta é, sem margem para dúvidas, um dos meios mais eficazes para combater a criminalidade organizada nacional e transnacional.

1.CONTEXTO HISTÓRICO DAS AÇÕES ENCOBERTAS E DO AGENTE INFILTRADO

A nossa exposição principia pela abordagem histórica das ações encobertas e do agente encoberto e logo se avança no sentido de clarificar que, ao longo do trabalho, o vocábulo **infiltrado ou encoberto** é utilizado como **sinónimo**, com um único sentido, sempre com o mesmo significado técnico-jurídico e conseqüente exclusão de diferenciação da figura encoberto/infiltrado. Se tal já não era aconselhável antes da entrada em vigor da Lei 101/2001, pois que, para alguns autores, a diferenciação assentava numa postura ativa do primeiro em contraposição a uma postura passiva do segundo⁷, após a sua publicação e vigência essa diferenciação deixou de fazer qualquer sentido.

As práticas contemporâneas do agente encoberto podem ser melhor entendidas através do contexto histórico em que começaram a ser adquiridas. O engano, erro, dissimulação ou os informadores correspondem a formas universais de controlo. A própria religião está cheia de exemplos deste tipo – Eva e a serpente, Judas e Jesus – e na literatura as personagens Ulisses ou Hamlet recorrem a métodos decetivos que lhes permitem alcançar um determinado objetivo. Neste particular, o Império Romano destacou-se no recurso e utilização de informadores/infiltrados que foram usados na luta pelo controlo da informação e conquista do poder.⁸

⁷ Alves Meireis, O Regime das Provas Obtidas pelo Agente Provocador em Processo Penal, pp. 163 e 192.

⁸E. Gibbon, The History of the Decline and Fall of the Roman Empire, Vol. 1. Na obra de Gibbon está demonstrada a utilização de espões/informadores que foram utilizados para o controlo e conquista do poder e para afastar opositores.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

No séc. XVII e XVIII em **França**, cidade de Paris, foi criado um corpo de polícia que previa competências de vigilância e investigação para fazer face à criminalidade crescente. Para desenvolver as novas atribuições e métodos de investigação adotados, a polícia viu-se na contingência de selecionar pessoas externas à organização que passaram a colaborar na recolha de informação e infiltração junto dos delinquentes. Esta atividade policial frequentemente degenerou em situações de provocação que conduziram à figura do “*agent provocateur*”⁹.

A partir do final do séc. XVIII início do séc. XIX, na sequência das transformações sociais e políticas verificadas, designadamente com a Revolução Francesa em 1789 e Revolução Industrial em Inglaterra, começam a revelar-se, primeiro em França e depois em Inglaterra, as matrizes das polícias modernas que, além da função administrativa e de segurança pública, criaram as primeiras unidades vocacionadas para a investigação criminal.

Em França, *Eugène François Vidocq*, com um passado obscuro e condenação a prisão efetiva por crime menor, no final de 1811, foi incumbido de organizar uma unidade de investigação experimental, caracterizada por integrar “agentes” à civil “*plainclothes man*”, designada por *Brigade de la Surêté*. A unidade, criada informalmente por *Vidocq*, foi reconhecida em outubro de 1812, pela Prefeitura da Polícia, e passou a funcionar na sua dependência e direção. Em dezembro de 1813, Napoleão Bonaparte, por decreto, transformou a simples *Brigade* na *Surêté Nationale* num corpo de polícia na esfera da administração estatal.

O passado de *Vidocq* teve repercussões na nova função policial e na natureza da Brigada que acabara de criar. No recrutamento e provimento da *Brigade de la Surêté* optou por selecionar ex-criminosos, profundos conhecedores dos sujeitos e do seu modo de atuação, que lhe permitiu com rapidez e eficiência apresentar resultados notáveis no combate à criminalidade, traduzidos na detenção de 811 delinquentes pela sua Brigada, composta por 12 agentes, no ano de 1817.

A atividade investigatória de *Vidocq*, de acordo com os relatos da época, incluía serviços com agentes infiltrados, designados nos documentos oficiais por agentes secretos, que tinham por função a prevenção e investigação de determinado tipo de crimes, caso do jogo ilegal. A atuação da Brigada e as suas competências ampliaram-se e as suas funções

⁹Alves Meireis, O Regime das Provas Obtidas pelo Agente Provocador em Processo Penal. pp 19 a 21.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

expandiram-se para outras áreas da investigação criminal, recolha de informação, realização de buscas, apoio às autoridades judiciais e localização dos esconderijos dos ladrões e carteiristas. Decorre o ano de 1823 e na atuação desta Brigada de investigação é claramente perceptível uma forma de abordagem e intervenção da investigação com características da atuação do agente encoberto¹⁰.

Vidocq foi dos primeiros a compreender que o sistema de polícia, baseado no modelo militar e a sua limitação espacial a áreas restritas, estava inadequado para cidades em larga expansão, como era o caso de Paris. A nova realidade criminal requeria a necessidade de concentração de poderes e mobilidade geográfica da *Surêté*, mas também o reconhecimento que o crime devia ser combatido de forma pró-ativa e não apenas de forma repressiva, isto é, após a consumação do facto criminoso. A **proatividade** ou **reatividade** mantém-se na atualidade um dos temas mais discutidos na investigação criminal.

A reatividade está associada à investigação tradicional na qual o foco principal consiste na identificação do suspeito para, a partir deste, se desenrolar uma sequência básica de diligências. A proatividade precede a reação ao concentrar-se no criminoso/organização, não no crime, e recorre a métodos de investigação – vigilâncias, informadores, agentes encobertos – que possibilitam eficazmente a investigação do crime organizado.

O sistema implementado por *Vidocq* revelou-se vulnerável e suspeito, apesar dos sucessos alcançados, devido ao potencial de corrupção associado a estas formas de intervenção e poderá ter tido particular influência na sua resignação. Contudo, a sua ideia de divisão central de investigação criminal venceu e continuou a ser desenvolvida pelos seus sucessores que conseguiram, com muito esforço, eliminar o clima de suspeição existente sobre as pessoas e métodos de intervenção¹¹.

Durante a sua existência a *Surêté Nationale* foi alvo de sucessivas remodelações por parte do poder político, embora a sua génese original se mantivesse, e, no final dos anos 60 do séc. XX, aquando da reorganização geral da polícia foi integrada na Polícia Nacional Francesa (*Police Nationale*).

Em **Inglaterra**, no início do séc. XVIII, inversamente do sucedido em França onde foram criadas forças policiais de investigação, a opção foi no sentido de envolver os cidadãos no controlo do crime excluindo o Estado desta função. A opção recaiu na criação de figuras

¹⁰ Eugéne Vidocq, *Memoirs of Vidocq, Principal Agent of The French Police*, pp 229 e 233.

¹¹ Gary T. Marx, *Undercover Police Surveillance in America*, pp 18-19.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

vocacionadas para esse exercício de controlo reconhecidas como “*commom informers*” e os “*thief takers*”. O paradigma desta figura foi *Jonathan Wild* (1862-1725), conhecido pelo sugestivo título de “*Thief Taker General of Great Britain and Ireland*”, e a sua função consistia em recuperar os bens furtados e entregá-los à polícia local, recebendo como recompensa uma parte do recuperado ou, em alternativa, honorários. Claro que este tipo de intervenção, sem controlo de qualquer tipo, prestava-se a todo o tipo de abusos e violações, sendo comum dizer-se que os “*thief-taking*” facilmente se transformaram em “*thief – making*”¹².

Também a figura dos “*commom informers*” degenerou rapidamente num grupo profissional, especializado na mentira e na arte da conspiração, recorrendo frequentemente ao perjúrio para atingir os seus objetivos.

Os Ingleses sempre manifestaram uma forte oposição à existência de uma autoridade policial centralizada, como existia em França, apesar de possuírem um serviço de informações secreto, *Kings Messenger*, desde o tempo da Rainha Elizabeth, vocacionado para a deteção de espiões estrangeiros e ameaças políticas internas. Contudo, algumas intervenções e ações consideradas provocatórias, em 1817, afastaram a possibilidade da criação de uma nova polícia.

Apenas em 1829, em Londres, foi criada a Polícia Municipal Pública, sob a chefia de Sir Robert Peel, “*the bobbies*”, com funções preventivas, sem direito à utilização/detenção de armas de fogo, uniformizada e serviço permanente de 24 horas pela cidade. Esta força visível e de dissuasão teve impacto imediato na criminalidade que, face à nova realidade, alterou os seus comportamentos.

O efeito preventivo, com recurso a patrulhas diárias e o controlo das áreas vizinhas, foi relativamente eficiente e conseguiu, acima de tudo, manter o domínio das ruas onde eram frequentes as brigas nas tavernas e locais de jogo muito populares àquela época. O mesmo resultado não era visível fora desta jurisdição porque o incremento e a sofisticação do crime, na zona urbana, eram impossíveis de controlar com este tipo de força pública.

Não obstante a oposição manifestada, em 1842, foi criada a *Criminal Investigation Division* (CID), agregada à *New Scotland Yard*, composta por dois inspetores e seis sargentos

¹² Os thief-taker ofereciam recompensas desmesuradas por informações que permitissem a recuperação das peças furtadas e, não sendo possível o pagamento daquele valor, acordavam com os autores do furto a divisão do produto obtido indevidamente.

que foram **infiltrados** no meio criminal. Esta força foi reorganizada, em 1877, após vários membros terem sido acusados por instigarem um farmacêutico a vender medicamentos abortivos¹³.

No início de 1880 a estrutura do CID já integrava mais de 800 funcionários. Desde a sua criação que esta força vigiava grupos dissidentes, mas em 1883 foi criado o “*Special Irish Branch*” que se focou essencialmente nos Revolucionários Irlandeses. Mais tarde passou a designar-se por “*Special Branch*”, ainda atual, e a sua principal função contemporânea é a deteção de ameaças e a segurança da Grã-Bretanha¹⁴.

O mesmo receio da constituição de uma polícia organizada e centralizada, associada a informadores, espões e delatores, despontou nos **Estados Unidos**. Neste país o receio securitário foi agravado pelo facto de ainda estar bem presente a luta pela independência e existir o sério receio da sua utilização para impedir a autonomia dos Estados que começavam a formar-se. A dinâmica revelada pela revolução e independência – 1776 – e as convulsões subsequentes, resultantes do desenvolvimento acelerado da economia, a circulação de pessoas e mercadorias, diversidade cultural e étnica e a expansão das cidades para zonas urbanas periféricas, tiveram como consequência necessária a criação, em 1850, de polícias municipais, uniformizadas, submetidas ao poder político local eleito por sufrágio. A exemplo de Inglaterra, enfatizava-se a visibilidade policial e a sua função capital era apoiar o cidadão, na função de garantir a segurança, e nunca no sentido de que os agentes manifestassem a iniciativa de perseguir o crime ou criminosos.

No final do séc. XIX, na maioria das cidades americanas, as polícias começaram a utilizar pequenos grupos de detetives provenientes da sociedade civil, alguns com experiência de polícia ou como detetives privados, com contactos nas franjas da criminalidade ou mesmo do núcleo central. A forma de agir baseava-se nos contactos com criminosos, infiltração, e um método para recuperação da propriedade furtada baseado em compromissos. Este comportamento conduziu a uma atividade passiva dos investigadores porque o seu desempenho passou a ser orientado pela recuperação e divisão da propriedade com o criminoso eliminando a sua detenção.

¹³ Tim Newburn, Tom Williamson e Alan Wright, *Handbook of Criminal Investigation*, pp 16 a 20.

¹⁴ Gary T. Marx, *Undercover Police Surveillance in America*, pp 21-22.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

A promiscuidade entre polícias e criminosos redundou numa série de acusações criminais contra os primeiros e o reconhecimento da necessidade de reformas. Para fazer face a esta sombria realidade, no virar do século, o sistema de compromisso foi abolido e proibido, o serviço da polícia passou a ser pago pelo contribuinte e procedeu-se à reorganização das unidades de investigação¹⁵.

As autoridades reconheceram que o combate à nova criminalidade violenta e organizada, do tipo das sociedades secretas género Black Handl e Chineses Tongs, dos movimentos Anarquistas, Radicais ou dos Wobblies, justificava a criação de unidades especializadas de agentes encobertos. Foi com o reconhecimento das especificidades e dificuldades da investigação da criminalidade organizada, e da clara distinção que as atividades criminosas podem assumir, que começaram a ser criadas unidades especializadas na investigação do álcool, narcóticos e jogo que passaram a utilizar intensamente as ações encobertas.

Este sistema recuperou a figura do informador pago, conhecido na gíria por “*stool pigeon*”, que transmitia informações conducentes à perseguição ou detenção dos criminosos. A nova forma de intervenção veio permitir à polícia uma reação enérgica e o incremento considerável nos resultados, mas, simultaneamente, acarretou toda uma série de más práticas e corrupção que passou a fazer parte das preocupações dos dirigentes.

Enquanto na costa Este a criminalidade apresentava as características sobreditas, a imigração para Oeste criou novas oportunidades para o crime e conduziu à realização de ações encobertas da responsabilidade das novas instâncias formais que começavam a ser implementadas no país. A mobilidade e independência, individual e coletiva, características desta região, onde prevalecia criminalidade vocacionada para o roubo de comboios, de carruagens de transporte, bancos e correios e disputas entre criadores de gado com grandes proprietários de terrenos, constituíram um enorme desafio para as autoridades locais que, muitas vezes, nas suas tarefas eram auxiliadas por criminosos que iam mudando de campo de acordo com os seus interesses¹⁶.

A investigação destes crimes e grupo criminosos com recurso à infiltração dos gangs, “fora da lei”, foi utilizada repetidamente, embora os resultados nem sempre fossem os mais esperados. Dois casos, da época, são normalmente evocados para relevar o positivo e negativo

¹⁵Gary T. Marx, *Undercover Police Surveillance in America*, p. 24

¹⁶Gary T. Marx, *Undercover Police Surveillance in America* pp. 26-27

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

destas intervenções locais, ocasionais e marcadamente marginais: no primeiro caso, um agente, da agência privada de detetives *Pinkerton*, conseguiu infiltrar-se no bando de *Butch Cassidy's*, especialista no roubo de comboios e bancos, e logrou a consequente detenção do grupo; no segundo caso, um agente, da mesma agência, infiltrou-se no bando de *Jess James* mas não teve o mesmo sucesso por ter sido descoberto e foi morto pelos próprios membros.

As recompensas e o pagamento de honorários praticados pelas empresas serviu de estímulo na perseguição do crime e criminosos permitindo, aos *Sherifs*, *Marshall* e detetives privados, um suplemento financeiro para equilibrar os parcos vencimentos que usufruíam. Este sistema baseado em recompensas monetárias veio revelar que, na ânsia de obter compensações extra, os próprios agentes encorajavam as atividades criminosas e subsequentes detenções. Para combater as entropias detetadas foi desencadeada uma reforma no sistema policial que, entre outros aspetos, conduziu à fixação de salários para os polícias.

A tradição liberal dos Estados Unidos, resultante das vicissitudes da independência e a carência de legislação federal na área político criminal, dificultou a criação de uma força nacional de polícia até ao séc. XX. Por contraste, na Europa com estados fortes e centralizados desenvolveram-se, durante o século XIX, forças policiais de âmbito nacional, exemplo de Portugal, Espanha, França¹⁷. A inexistência de uma estrutura policial centralizada e hierarquizada, nos Estados Unidos, deixou o espaço livre para as agências privadas e profissionais preencherem o vazio existente e fazer prevalecer os seus interesses.

A influência e o reconhecimento do serviço efetuado pelas agências de investigação era tão considerado que, para determinadas investigações, o Estado recorria aos seus serviços em detrimento dos organismos estatais. Em particular, a *Pinkerton*, com a sua divisa “*We never sleep*”, transformou-se praticamente numa agência estatal de investigação, pois parte substancial da sua atividade consistia em serviços praticados para diversos organismos, v.g. *The U.S. Post Office*, tutelados pelo Estado.

O panorama pós guerra civil (1861-1865) e o início do séc. XX trouxeram consigo profundas transformações na organização policial e uma perspectiva de especialização e centralização para determinadas áreas da investigação criminal.

¹⁷ Jean Monet, *Polícias e Sociedades na Europa*: Em Portugal a Guarda Municipal a partir de 1910, após a queda da Monarquia adotou a designação de Guarda Nacional Republicana; Em Espanha em 1844 foi criada a Guarda Civil e em França as Polícias Municipais foram integradas numa Polícia Nacional.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

O *Harrison Act* de 1914 que criminalizou a distribuição de drogas não medicinais – lei que regulava e taxava a produção, importação e distribuição de opiáceos e coca – e a *Eigtheen Amendment* de 1920¹⁸, e *Prohibition Act* (Lei Seca) conduziram à criação do Departamento de Narcóticos e Álcool, na dependência do Departamento do Tesouro. Porém, decorridos escassos anos estes departamentos proibicionistas já mantinham cerca de 4.000 agentes e a investida contra as proibições foi, em grande parte, realizada com ações encobertas que frequentemente utilizavam métodos não reconhecidos pelas instâncias judiciais.

Paradigma negativo deste tipo de intervenção ocorreu no **caso Sorrells**¹⁹ (1932²⁰) quando o tribunal considerou que o agente encoberto excedera o aceitável na sua intervenção ao apresentar-se como turista e insistir por três vezes, em ocasiões distintas, na venda de uma garrafa de whisky que violava a lei da proibição da venda de álcool²¹. Na decisão do Supremo Tribunal Americano estão particularizados os fundamentos legais que presidiram à anulação da sentença proferida no tribunal inferior²². O tribunal considerou, em suma, que a atuação do vendedor resultou do engano e repetida e persistente solicitação do comprador, demonstrando que, neste caso, existe uma distinção entre ser corrupto e ser corruptível²³.

O FBI foi criado em 1908, mas só a partir de 1930 começou a ter relevância e implantação nacional e domínio da investigação criminal. Foi neste período que principiou a recrutar e utilizar, regularmente, informadores e técnicas de vigilância passiva. O recurso a agentes encobertos não era uma prática regular e a sua utilização resvalava para intervenções em casos com contornos políticos.

¹⁸ A XVIII emenda ou adenda à Constituição dos Estados Unidos vigorou no período de 1920-1933 e proibia a venda, produção ou transporte de bebidas alcoólicas. A XVIII adenda foi revogada pela XXI adenda em 1933 e constitui caso único, já que uma adenda posterior nunca revogou uma anterior.

¹⁹ Disponível em <http://caselaw.lp.findlaw.com/>

²⁰ Sorrells v. United States - 287 U.S. 435 (1932)

²¹ Alves Meireis, O Regime das Provas Obtidas pelo Agente Provocador em Processo Penal pp 95 e 96.

²² O Supremo Tribunal de Justiça entendeu que se a aplicação de uma lei penal, de acordo com o seu teor literal, produzir efeitos contrários ao seu objetivo e flagrantemente injustos deve ser submetida a nova construção; a proibição da venda de bebidas alcoólicas, e a sua tipificação como crime, não pode ser aplicada quando a venda é instigada por um agente para atrair uma pessoa, em princípio inocente, para o cometimento do crime para poder ser preso e punido; a provocação/entrapment não pode ser utilizada no tribunal porque viola a própria lei; a provocação vai produzir resultados colaterais na conduta dos agentes e o comportamento anterior do réu não é razão válida para a sua utilização; a provocação pode ser usada como defesa para a declaração de não culpado; o Tribunal concedeu provisão ao recurso por violação do Prohibition Act (Lei Seca).

²³ Gary T. Marx, Undercover Police Surveillance in America, pág. 30.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

A partir de 1936 a situação alterou-se pois foram dadas instruções ao FBI para recorrer a agentes encobertos em assuntos domésticos relacionados com espionagem e subversão que, muitas vezes, apenas serviam de pretexto para investigar atividades políticas. O modelo deste género de intervenções foi a revelação, a partir de 1970, de um programa (*COINTEL -Counter Intelligence Program*) que visava exclusivamente organizações políticas consideradas subversivas naquele país²⁴.

A experiência histórica observada nestes três países – França, Inglaterra e Estados Unidos - permite considerar que a utilização de agentes encobertos, como hoje os conhecemos e consideramos, é o produto final de uma soma de fatores concebidos a partir do séc. XIX sucessivamente desenvolvidos até ao séc. XXI.

A perspetiva histórica revela que o recurso a agentes encobertos é uma prática há muito conhecida e regularmente utilizada, embora nem sempre para a investigação do crime ou do criminoso.

Uma palavra final e chamada de atenção para as extraordinárias transformações verificadas nos mais diversos contextos para, apesar de tudo, reconhecermos que as ações encobertas continuam a ser um método tradicional de operar na investigação criminal. Não obstante a evolução tecnológica e científica e da sua aplicação na investigação/resolução de crimes, essencialmente no período final do séc. XX, ainda não foi criado nenhum instrumento mais apto para a investigação criminal que não seja o contacto pessoal e a confiança estabelecida entre pessoas.

O recurso ao agente encoberto, no atual contexto civilizacional e jurídico, surge como resposta à criminalidade requintada e organizada. A comunidade exige dos poderes institucionais – político, legislativo e executivo – respostas firmes e adequadas que conduzam à paz e segurança. Convém não esquecer que o crime está à frente da sua prevenção e, muito mais à frente, da sua repressão.

No contexto atual, com a criminalidade organizada e globalizada, tendo presentes os referentes jurídico-constitucionais e a ponderação dos interesses em conflito, somos levados a concluir que a utilização do agente encoberto é a **melhor e mais eficaz** alternativa para a investigação criminal.

²⁴Gary T. Marx, op. cit. pp. 29-32

Neste sentido o agente encoberto pode ser um mal necessário, o desafio é impedir que se torne intolerável.

2. A (R) EVOLUÇÃO JURÍDICA E AS TRANSFORMAÇÕES POLÍTICO-CRIMINAIS

As práticas contemporâneas das ações encobertas podem ser melhor compreendidas se observarmos a sua evolução a partir do séc. XVIII, período em que surgem as primeiras referências da sua utilização na vertente policial. As evoluções graduais e progressivas, porque passaram naquele século até ao presente, evidenciam uma profunda correlação com as transformações operadas na Europa pelo movimento de ideias que principiou na Inglaterra e na Holanda, em finais do séc. XVII, e se desenrolou e ampliou no séc. XVIII com a Revolução Americana e Francesa.

Neste período fecundo do pensamento Europeu surgem as ideias e as obras inspiradoras de *John Locke*, *Montesquieu*, *Cesare Beccaria* e *Emanuel Kant*, que se revelaram imprescindíveis para o estudo e desenvolvimento das matérias de âmbito penal, social e político na Europa.

É o pensamento pioneiro de *John Locke* (1632-1704) que primeiro desperta o reconhecimento de que todos os **homens nascem livres e iguais**, dimensão intrínseca e autónoma da pessoa humana. Para o autor, a coletividade política tem de obedecer ao conjunto de princípios e conceitos criados que permitem a vida em sociedade pela conceção da limitação de poderes e consequente atribuição de competência exclusiva ao poder político do “ ... *direito de fazer leis ... regular e preservar a propriedade, empregar a força da sociedade na execução de tais leis e defender a comunidade dos ataques externos, e tudo isto apenas para assegurar o bem público*²⁵”.

As suas ideias vão germinar e são desenvolvidas por *Montesquieu* (1689-1755) que, com a sua obra, *De L'Éspirit des Lois*, com a teoria da **separação de poderes** influenciou decisivamente os movimentos revolucionários na Europa e Estados Unidos. Com *Montesquieu* surge ainda a garantia da liberdade individual do indivíduo, no sentido de que só

²⁵ Diogo Freitas do Amaral, História das Ideias Políticas, pp. 17

a lei pode impor esse limite. Porém, para que o governo assegure e respeita essa liberdade é necessário que esse poder político esteja, também ele, limitado pelo Direito²⁶.

Cesare Beccaria (1738-1739) foi precursor na divulgação e repúdio de práticas instituídas – julgamentos secretos, torturas utilizadas para obtenção de prova criminal – e o primeiro a declarar a **igualdade dos cidadãos perante a lei**. A sua obra *Dei Delitti e delle Pene*, publicada em 1764, propôs um conjunto de soluções que permanecem atuais e nas quais defendia: a necessidade social de prevenir o crime, o princípio da legalidade dos delito e das penas, o humanitarismo das reações ao crime propondo a abolição da pena de morte, salvo em situações excepcionais, e substituição das penas corporais pela pena de prisão, a saber, um conjunto de princípios e garantias que foram acolhidos na ordem jurídica geral e, em particular, no direito penal.

Emmanuel Kant (1724-1804) foi considerado um grande filósofo e homem íntegro que se converteu num símbolo da sua época e do movimento por si liderado, Iluminismo. Kant afirmou-se como defensor dos direitos do homem, da igualdade perante a lei, do cosmopolitismo, da auto libertação através do saber e da paz eterna sobre a terra²⁷. A sua ideia de direito corresponde a um direito normativo definido como critério de liberdade – permitir a realização da liberdade do homem em si e nas suas relações com a liberdade dos outros -. O direito pressupõe conformidade externa entre ação e preceito, admite a coercibilidade que apenas se aplica a atos humanos externos²⁸. O homem de *Kant* é o homem que nasce livre e deve permanecer livre e no qual convive eminente **dignidade do indivíduo** como pessoa e fim-de-si mesma.

Portugal, felizmente, não escapou à influência destes movimentos e as “novas ideias” ficaram registadas em alguns projetos legislativos, como o Código Criminal, de 1786, da autoria de Mello Freire, onde surgem referências ao pensamento *de Locke, Montesquieu e Beccaria* fontes de inspiração para a obra²⁹. Não é de estranhar o cuidado que o jurista

²⁶Diogo Freitas do Amaral, op. cit. pp. 33.

²⁷Diogo Freitas do Amaral, História das Ideias Políticas, p. 307, Kant tinha uma visão presciente e num pequeno opúsculo, pouco mais de trinta páginas, propõe que a República, é o modelo de Estado ideal, o Direito Internacional deve basear-se numa federação de Estados, aquilo que hoje reconhecemos com as Nações Unidas e um mundo cosmopolita, com livre acesso de todos os homens a todos os países, realidade que apenas é possível em alguns espaços, designadamente o Europeu

²⁸Cabral de Moncada, Filosofia do Direito e do Estado, Volume I, p. 257.

²⁹Pascoal José de Mello Freire, Código Criminal Intentado pela Rainha D. Maria I, pág. II. Este projeto de Código Criminal elaborado por Mello Freire, com o objetivo de rever as Ordenações Filipinas, em 1783, colocou em confronto as ideias absolutistas e liberais, que se confrontavam na época, estas partilhadas

nacional já revelava com a matéria da prova e a sua obtenção como se verificava no Título XXXV da obra, com o sugestivo título Das Provas. A afirmação e imposição legal “**Sem prova perfeita e legal ninguém deve ser castigado**” define um *iter probatorium* com prova plena que permitia a convicção, embora obedecendo aos limites legais, mas impondo o conjunto de critérios para a sua aquisição e valoração que vão aferir do seu uso e aproveitamento pelo Tribunal.

Prosseguindo o nosso excursão neste projeto de código, o Título LIII surge com a epígrafe **Dos Delictos Occultos e De Difícil Prova** que apresenta a seguinte introdução: “*São occultos e difficultosos de provar os delictos que se comettem de noite ou no ermo, e os morais quasi todos*”³⁰. Para este género de crimes o legislador impôs a exigência de um cuidado acrescido na recolha da prova, que implicava a obtenção de fortes indícios para a condenação e justificava a respectiva agravação devido à natureza e carácter insidioso da conduta³¹.

As soluções encontradas para ultrapassar estas dificuldades não são comparáveis às da atualidade, contudo, é já bem patente, à época, a consciência da dificuldade de obtenção de prova, e consequente aplicação do direito, nos chamados “*delictos occultos e de difícil prova*”.

O pensamento e valores conformados no séc. XVIII, e a sua evolução até à atualidade, permitem entender que as preocupações de então, designadamente quanto à questão de direitos fundamentais e garantias contra os abusos e concentração de poder, continuam presentes, embora adaptadas às novas realidades entretanto emergentes. A contribuição da filosofia política e jurídica que conjuga as visões do “direito natural”, “contrato social” e “separação de poderes” corresponde à fonte ideológica essencial de um conjunto de Declarações que iriam surgir no futuro próximo.

Os novos valores, entretanto adquiridos e reconhecidos pela comunidade geral, convergiram no sentido das sociedades desenvolverem mecanismos legais e instituições formais que passaram a cuidar da proteção individual e coletiva, erigidas como tarefas

pelo autor. A polémica gerada à volta do Código Criminal levou a que nem sequer chegasse a ser discutido, apesar da qualidade e progresso significativo que apresentava, embora o seu quadro punitivo continuasse demasiado cativo do modelo das Ordenações.

³⁰ Pascoal José de Mello Freire, Código Criminal Intentado pela Rainha D. Maria I, pág. 106 a 119.

³¹ O Código Criminal de Mello Freire, reconhecido como uma obra de elevada qualidade e atualidade, não passou do projeto. O primeiro Código Penal Português foi aprovado em 1852 e foi objeto de sucessivas revisões, sendo revogado em 1886 data em que foi aprovado novo Código. O atual Código Penal foi publicado em 1982 e revogou o anterior de 1886.

essenciais e na esfera exclusiva das competências atribuídas ao Estado de Direito. Consciente que a nova realidade se impunha, não apenas no plano nacional mas de forma global, foram criados e aperfeiçoados regimes legais nacionais e supranacionais, que se revelaram instrumentos de universalização dos direitos humanos: Declaração da Independência dos Estados Unidos e respetiva Constituição (1776) e (1789)³², Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789)³³ representativa dos ideais libertários e liberais da Revolução Francesa, Declaração Universal do Direitos do Homem (1948), Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1950).

Paralelamente a esta (r)evolução legal, ideológica e social, a criminalidade também sofreu desenvolvimentos assinaláveis que a transfiguraram e revelaram novos padrões delitivos, distintos daqueles que até então se conheciam. A caracterização dessa criminalidade começa a revelar uma atividade organizacional em detrimento da criminalidade de tipo individual até então prevalecente; verifica-se a expansão do direito penal para novas realidades, v.g. crimes económicos, meio ambiente, património artístico-histórico; a proteção do bem jurídico concretamente definido e identificado e no qual prevalece o dano, que tem como consequência uma lesão efetiva do bem jurídico, começa a ser substituído por um bem jurídico coletivo, difuso, com a criação dos crimes de perigo – concreto e abstrato - cuja realização típica não pressupõe a lesão efectiva, mas antes a mera colocação em perigo do bem jurídico protegido.

A nova criminalidade, essencialmente a que começou a despontar no último quartel do séc. XX, resultou de um conjunto de fatores, designadamente, sociais, políticos e económicos que conduziram à sua globalização. Esta, nas palavras de Jean de Maillard³⁴, é referida como a “fratilização” da sociedade em que “como numa figura geométrica complexa em que cada elemento reproduz a forma do todo e em que, conseqüentemente, a estrutura de qualquer uma das partes é semelhante à totalidade da figura”. Assim, esta nova ordem “ *não é mais um mundo uniforme e centralizado ... mas um mundo complexo, policêntrico e infinitamente fragmentado, em que o modelo deixou de sera pirâmide hierarquizada e*

³² The Bill of Rights corresponde aos primeiros dez artigos (Emendas ou Adendas) que foram inseridos na Constituição Americana. No essencial correspondem a um conjunto de limitações imposto ao Governo Federal e proteção de direitos naturais como a liberdade e propriedade.

³³ A Declaração do Direitos do Homem e do Cidadão foi inspirada no movimento Iluminista e na Revolução Americana e define os direitos individuais e coletivos dos homens, na qualidade de seres humanos, influenciada pela doutrina dos direitos naturais, com caráter universal, incluso na própria natureza humana.

³⁴ Jean de Maillard, *L’Avenir du crime*, p. 43 ss.

passou a ser fractal, pluridimensional ... autossimilar” A globalização consistiria na “nova desordem mundial” ou numa “ordem caótica que caracteriza a nova organização planetária” em que ilhas de ordem emergem de uma espécie de magma desorganizado.

Assiste-se a uma alteração nos padrões comportamentais criminais com o despontar de uma série de novos tipos de crimes e comportamentos criminosos relacionados, essencialmente, com motivações económicas: o tráfico de droga e de armas e a sua distribuição a nível global, o designado “*white collar crime*”³⁵ que pode incluir o branqueamento de capitais, corrupção, insolvências dolosas, burlas com seguros, crimes do mercado mobiliário, crimes informáticos associados à finança ou economia, etc³⁶. No designado “*blue collar crime*”³⁷ vamos encontrar este desígnio económico nos crimes contra a propriedade, nomeadamente nos veículos furtados/roubados para “consumo” interno ou externo, no roubo de mercadorias de valor elevado (joias, relógios, roupas de marca, perfumes etc), obras de arte.

A matriz distintiva entre o “*blue collar crime*” e o “*white collar crime*” reside, fundamentalmente, no facto dos atos criminosos do primeiro género serem praticados por classes sociais baixas, com recurso a violência nas pessoas e propriedade, não exigindo preparação prévia ou conhecimentos elaborados e com assistência legal menos eficiente que conduz a penas mais severas. O designado *white collar crime* é geralmente associado e definido como o que é cometido por pessoas de elevado e respeitado estatuto social, praticado no decurso de uma ocupação profissional ou por profissionais de nível superior.

A nova criminalidade para se implementar e expandir desenvolveu um conjunto de redes que estão na origem da criminalidade organizada, profissional, transnacional. O seu crescimento e desenvolvimento estão sustentados nas novas tecnologias e formas de comunicação, assessoria jurídica e recursos financeiros partilhados entre a sociedade oficial e a sociedade do crime. O enorme poder adquirido por esta “sociedade” permite a sua

³⁵ Conceito criminal desenvolvido por Edwin Sutherland (1949) nos USA caracterizado pela motivação financeira, não violento, com proveito financeiro, normalmente praticado por pessoa respeitável e de elevado nível social no âmbito da sua ocupação. Para alguns autores este conceito deve conter ainda os crimes no âmbito de funções definidos como “crimes ocupacionais”.

³⁶ Sobre esta temática sugere-se a leitura do opúsculo do Dr. Cunha Rodrigues, publicado na RPCC, 1999, p.p.7-29, que refere a multidimensionalidade deste tipo de criminalidade e a incapacidade das instâncias formais de responderem eficazmente à nova criminalidade que “pode converter-se em senhor da nossa economia, da nossa segurança e das nossas instituições”.

³⁷ Por oposição àquele (*collar crime*) surge como o crime praticado pelo indivíduo de classe baixa, normalmente praticado na rua e pode incluir, furto, roubo, vandalismo etc.

infiltração nos centros de decisão políticos, económicos e financeiros patenteando a sua enorme capacidade de adaptação mesmo dentro de contextos onde, em princípio, não deveria sobreviver.

Determinar concretamente o que se entende por criminalidade organizada não é tarefa fácil e consensual para os que abordam a temática. Contudo e como referia o Juiz do STJ, dos USA, Potter Stewart que não sabendo precisamente o que era isso afirmava: “*I know it when I see it*”³⁸.

Não existindo consenso sobre o que pode ser considerado **crime organizado** foram, porém, definidos **onze atributos** que variam de nível e frequência por ordem decrescente: organização hierárquica, obtenção de lucro, uso ou ameaça da força, corrupção das instâncias públicas para obter imunidade, controle de serviços públicos, monopólio de mercados específicos, acesso restrito de membros, ausência de ideologia, especialização, códigos de silêncio e expansão da organização³⁹. Na Nações Unidas a UNTOC⁴⁰ – *United Nations Convention Against Transnational Organized Crime* – não adotou uma definição precisa de crime organizado e transnacional.

A ausência deliberada da definição permite que a Convenção venha a incluir novos tipos de crimes emergentes no plano global ou regional e levar em consideração as alterações verificadas no plano temporal. Tal atitude não foi impedimento para que a Convenção, no art. 2º / a (*Use of terms*), disponha de um conjunto de definições legais nas quais inclui “*organized criminal group*”, descrito como: grupo estruturado de três ou mais pessoas, existindo por um período de tempo e agindo concertadamente para praticar um ou mais crimes graves ou do tipo estabelecido na convenção, com o fim de obter direta ou indiretamente benefícios financeiros ou outros benefícios materiais.

Em Portugal, o Código de Processo Penal, al. m), art.1º, adotou a definição legal de “*criminalidade altamente organizada*” que inclui os crimes de associação criminosa, tráfico de pessoas, tráfico de armas, tráfico de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas, corrupção, tráfico de influência, participação económica em negócio ou branqueamento. A densificação do conceito de criminalidade altamente organizada, previsto no n.º 3, do art. 34º

³⁸Jay Albanese, Jay S. Albanese, *Organized Crime in Our Times*. p. 3

³⁹Jay Albanese, *op. cit.* p. 4

⁴⁰ A Convenção das Nações Unidas Contra O Crime Transnacional em 2000, mais conhecida como a Convenção de Palermo, foi assinada por 123 países e continua a ser um marco fundamental na luta contra o crime organizado e cooperação internacional.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

CRP⁴¹, corresponde a uma nova noção legal que teve em conta as regulações internacionais relevantes nesta matéria.

As formas mais ostensivas desta criminalidade são – além do terrorismo, tráfico de seres humanos e de drogas e armas – a exploração sexual de mulheres e crianças, o branqueamento de capitais, a corrupção, a contrafação dos meios de pagamento e a criminalidade informática. Uma nota para referir que não é perceptível o critério que presidiu à inclusão do crime de corrupção e tráfico de influência no conceito de criminalidade altamente organizada, pois nenhum dos dois tipos possuiu conteúdo material compatível com este género de criminalidade. Os crimes em causa são, em regra, cometidos pelo contacto direto entre duas pessoas, de execução simples e, frequentemente, cometidos num curto período de tempo⁴².

O conceito jurídico-penal de crime ou criminalidade organizada tem vindo a ser construído, ao longo do tempo, sem se obter uma definição global e consensual. A construção baseada no *ethos* da comunidade parece ser a que melhor se adapta à ordem social e que, por outro lado, mais garantia inclui.

A despeito de serem distintos nos seus objetivos – crime organizado e terrorismo – não raras vezes têm sido detetadas conexões ou interdependência entre ambos. Efetivamente, muito mais do que seria expectável ou desejável, somos confrontados com atividades em áreas criminais – tráfico de droga ou armas ou crimes patrimoniais no âmbito da criminalidade organizada – praticadas por organizações terroristas que se destinam a financiar atos, atividades ou grupos terroristas.

O início do novo milénio foi marcado pela implementação do terrorismo global. A nova forma de terror, distinta dos terrorismos até então reconhecidos, caracteriza-se pela estrutura em rede, nómada, difusa, sem território, capaz de enfrentar as superpotências e com uma elevada componente religiosa interligada com a instauração de estados ou governos teocráticos. O seu objetivo primordial é a intimidação ou coerção de civis e governos para atingir fins sociais ou políticos. O recurso à violência desmesurada e a publicidade global dos seus atos são dois dos propósitos essenciais durante estas manifestações, características não identificadas com o crime organizado.

⁴¹ Art. 34 CRP Inviolabilidade do domicílio e da correspondência releva fundamentalmente a a proteção de bens jurídicos fundamentais comuns.

⁴² Paulo Albuquerque, Comentário do Código de Processo Penal, pp 40-41.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

A criminalidade organizada (gangsterismo) já demonstrara nos Estados Unidos, durante os anos 20-30 e 40-50 do séc. XX, que a ausência de medidas eficazes representava encargos e consequências insuportáveis a curto e médio prazo. Os erros cometidos naquelas décadas implicaram cerca de 35 anos de esforços concertados das várias instâncias formais e a utilização de somas consideráveis para bloquear esse poder e responsabilizá-lo pelo seu papel criminoso⁴³.

Para se prosseguir estes objetivos e combater eficazmente a nova criminalidade e a sua implementação viral, foi necessária a criação ou reformulação de centros especializados com utilização de novos e singulares métodos de investigação criminal: proteção de testemunhas, recrutamento de informadores, vigilâncias, seguimentos, recolha de som e imagem, interceção das comunicações e outras formas de comunicação à distância e recurso a agentes/ações encoberto(a)s.

Compete ao poder político, em consonância com a política criminal adotada, organizar as respostas que a sociedade exige para combater eficazmente a criminalidade organizada, no respeito pelos valores democráticos e direitos fundamentais. A sua concretização só é possível e desejável na interceção do ponto de equilíbrio entre a investigação criminal, como meio de realização do direito na defesa da sociedade, em articulação com as garantias de defesa dos visados.

A repartição e regulação da função judiciária e policial são o reflexo, através de múltiplos ângulos, da estrutura política do Estado. Elemento imprescindível desta política é a independência dos tribunais – e dos respetivos juízes – uma das regras clássicas do Estado constitucional e uma das garantias essenciais do Estado de direito democrático. Na prossecução desse fim compete aos tribunais, de acordo com o definido constitucionalmente, no nº 2, do art. 202º da CRP, exercer a **função jurisdicional** essencialmente em três áreas nucleares: a) defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos (diretamente relacionados com a justiça administrativa); b) repressão das infrações da legalidade democrática (o que aponta diretamente para a justiça criminal); c) a resolução dos conflitos de interesse público e privado (o que abrange principalmente a justiça cível). O conceito de legalidade democrática

⁴³Jay Albanese, Jay S. Albanese, *Organized Crime in Our Times* p. 242.

parece ser aqui utilizado num sentido prescritivo, isto é, no sentido de ordem jurídica democraticamente instituída e não num sentido normativo⁴⁴.

Os tribunais enquanto órgãos de soberania com competência para o exercício da função jurisdicional, como é evidente, estão sujeitos à lei. Significa, portanto, que estão vinculados, nas suas decisões, às normas da ordem jurídico-constitucional.

Para o nosso estudo e no contexto da densificação material das garantias individuais, importa chamar à colação o n.º 1 e n.º 8, do art. 32º da CRP que integram o fundamental dos princípios materiais do processo criminal - a constituição processual criminal: art. 32º, n.º1 - *O processo criminal assegura todas as garantias de defesa, incluindo o recurso*; art.32º, n.º8 - *São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física e moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.*

No n.º1 o legislador decidiu sintetizar a *ratio legis* e revelar as garantias do processo criminal impondo que “ *O processo criminal assegura todas as garantias de defesa...*”. A prescrição “*todas as garantias de defesa*” engloba indubitavelmente todos os **direitos e instrumentos** necessários e adequados para o arguido defender a sua posição e contrariar a acusação. Este preceito revela que o processo penal tem nos direitos fundamentais um limite infrangível⁴⁵.

No n.º 8 os interesses do processo criminal encontram limites na dignidade da pessoa humana (art. 1º CRP) e nos princípios fundamentais do Estado de direito democrático (art. 2º CRP), não podendo, portanto, valer-se de atos que ofendam direitos fundamentais básicos. Daí a nulidade das provas que se pode revelar – **absoluta** – não podendo ser utilizada no processo ou – **relativa** – devendo ter-se por abusiva a intromissão quando efetuada fora dos casos previstos na lei e sem intervenção judicial. A CRP no quadro do regime próprio dos direitos liberdades e garantias não proíbe de todo em todo a possibilidade de restrição, por via da lei, do exercício dos direitos liberdades e garantias. Porém, submete tais restrições a vários e severos requisitos materiais e formais⁴⁶.

O potencial danoso da criminalidade organizada relativamente ao Estado de direito democrático pode não ser mensurável, mas os seus efeitos são sentidos pela comunidade em

⁴⁴Gomes Canotilho e Vital Moreira, CRP anotada Volume II, p. 509

⁴⁵Gomes Canotilho e Vital Moreira, CRP anotada Volume I, p. 516

⁴⁶Gomes Canotilho e Vital Moreira, CRP anotada Volume I, p. 388

geral. A investigação deste tipo de criminalidade impõe às instâncias competentes a definição de uma política-criminal, fundamentalmente proativa, com objetivos e prioridades realistas, complementada com uma dimensão penal e processual que consagra os direitos e garantias fundamentais.

A despeito destes parâmetros condicionantes, em matéria de restrição de direitos fundamentais, qualquer intervenção nesta área, pela potencial invasão de áreas nucleares da privacidade ou da intimidade, deve pautar-se pelos critérios da **excecionalidade** ou **subsidiariedade** e **proporcionalidade**.

O primeiro critério regista-se quando perante o caso concreto, após verificadas e esgotadas todas as outras formas de investigação, se tem de concluir que apenas com a mais gravosa é possível atingir o resultado pretendido. Nas palavras de Costa Andrade exige-se que sem esta medida “ *a investigação fique mais difícil; noutros exigir-se-á que ela seja consideravelmente mais difícil; noutros, mesmo impossível, etc*”⁴⁷. O segundo concretiza-se quando se considera que todas as outras formas de intervenção não são aptas a atingir o resultado enquanto confrontação entre o indivíduo e o Estado, que na defesa dos interesses da comunidade prossegue o *ius puniendi* na concretização do direito penal, aliás como prescrito e imposto pela CRP. O terceiro significa que a medida e os meios não devem ser desproporcionados em relação aos fins que se pretendem obter. Seria concretamente inconstitucional uma norma que previsse a introdução de agente encoberto para investigar crime punível com prisão até 6 meses⁴⁸.

O recurso a agentes encobertos no decurso de investigações não é uma novidade, aliás a história demonstra exatamente o oposto. Esta comprovação também permite verificar que, por vezes, a utilização não está relacionada com a perseguição do crime mas, sobretudo, para a perseguição de adversários pelos mais variados motivos (políticos, religiosos e até sociais).

Novo é a sua **institucionalização** pela **legitimação material** e **formal-procedimental** imposta pela ordem jurídica. Nova é também a crescente utilização deste tipo de atuação que pode conduzir, como por exemplo nas interceções telefónicas, a uma massificação e conduzir à sua banalização com todas as consequências negativas que certamente se farão sentir.

⁴⁷ Costa Andrade, Que Futuro Para o Direito Processual Penal, p. 546

⁴⁸ Costa Andrade, Que Futuro Para o Direito Processual Penal, p. 545.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

Do exposto infere-se que tem de ser encontrado o sentido de equilíbrio dos deveres legítimos do Estado, designadamente na investigação criminal e perseguição penal, pela busca de uma reação proporcional à ameaça produzida, sob pena de não o fazendo se demitir de uma das suas principais funções que é a pacificação social.

Com esta posição não se pretendem limitar quaisquer garantias penais ou processuais, perigo sempre presente nestas áreas tão sensíveis, e das quais a história nos transmite suficientes exemplos de abusos nesses campos. O que se pretende alcançar com os novos instrumentos processuais e penais é adaptar estes institutos às alterações dos padrões delitivos das organizações criminosas, sobretudo nas últimas décadas. Não pretendemos suprimir garantias processuais arduamente conquistadas nos séculos passados, mas tão só **compatibilizá-las – ou flexibilizá-las**, na expressão de Silva Sanchez⁴⁹, com o novo paradigma criminal revelado pela criminalidade organizada.

Esta tendência restritiva justifica-se porque, assim como os direitos fundamentais do cidadão, o bem-estar da comunidade e a prevenção e repressão penal também estão protegidos constitucionalmente.

O poder de restrição dos direitos é um poder vinculado, de modo que não coloca os direitos fundamentais à mercê do legislador, será o caso, por exemplo, dos artigos 27º, n.º 3, 34º, n.º 4 da CRP, que além de autorizar a restrição indica os fins ou outros pressupostos específicos da restrição⁵⁰. Seguindo o pensamento de Vieira de Andrade, a Constituição estabelece um conjunto importante de requisitos de validade das leis restritivas: caráter geral e abstrato, não podem ter efeitos retroativos, não podendo em caso algum diminuir a extensão e alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais (art. 18º n.º 2 e 3)⁵¹.

O conteúdo essencial surge-nos assim como o *centralcore* desta questão: “ por um lado para as **teorias absolutas**, o conteúdo essencial consistiria num **núcleo fundamental**, determinável em abstrato, próprio de cada direito e que seria por isso **intocável**. Segundo alguns autores ele corresponderia à projeção da dignidade humana em cada direito e seria afetado sempre que o indivíduo se tornasse objeto do acontecer estadual; para outros,

⁴⁹ Silva Sanchez, La Expansion Del Derecho Penal, p. 20

⁵⁰ Vieira de Andrade, Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, p. 302.

⁵¹ Vieira de Andrade, op. cit., p. 303.

significaria uma certa medida de “valor social” global que teria sempre de sobrar depois da restrição⁵²”.

As **teorias relativas**, por sua vez, reconduzem o conteúdo essencial aos princípios da exigibilidade e da proporcionalidade: a restrição só seria legítima quando (se) fosse exigida para a realização de bens jurídicos que devessem ser considerados (no caso) como mais valiosos e – acrescenta-se – só na medida em que essa exigência se imponha no direito fundamental. No fundo, estaríamos perante a necessidade de **harmonização de bens jurídicos**, a levar a cabo com critérios de **concordância prática**⁵³.

Os direitos fundamentais, enquanto valores constitucionais, não são absolutos nem ilimitados⁵⁴, a saber, existe a possibilidade da lei, em certas circunstâncias, sacrificar ou negar um direito fundamental a determinado indivíduo. Os direitos fundamentais têm de ser interpretados e representados com responsabilidade e integrados num conjunto de valores comunitários, mostrando-se constitucionalmente lícito ao legislador restringir direitos daqueles indivíduos que claramente colocam em risco os direitos fundamentais da sociedade.

3. O AGENTE ENCOBERTO: CARACTERIZAÇÃO E DISTINÇÃO DE FIGURAS AFINS

3.1 O Informador

A investigação criminal tem de recorrer frequentemente à recolha de informação na fase proativa ou reativa da investigação. A sua obtenção constitui uma competência dos órgãos de polícia criminal, nomeadamente no âmbito das medidas cautelares e de polícia⁵⁵, nos termos da al. b, n.º 2, do art.249, e n.º 8, do art. 250º do CPP. A informação em causa parece estar, exclusivamente, restringida a situações onde a intervenção policial surge como resposta a um ilícito criminal passado, ou seja, na fase reativa da investigação. Neste contexto

⁵² Vieira de Andrade, op. cit., p. 304.

⁵³ Vieira de Andrade, Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, p. 304

⁵⁴ Gomes Canotilho e Vital Moreira, CRP anotada Volume I, p. 538 e ss. A CRP qualifica estes direitos como invioláveis art. 24 n.º1 “A vida humana é inviolável” ou art. 34º Inviolabilidade do domicílio e da correspondência. Pretende desta forma que estes direitos pela sua natureza sofram as menores restrições constitucionalmente legítimas, v.g. o direito à vida, à integridade moral e física. Os outros direitos – domicílio, correspondência etc- a CRP considera que se aplica uma inviolabilidade de princípio, permitindo a sua restrição suportada em decisão judicial.

⁵⁵ As medidas cautelares e de polícia são distintas das medidas de polícia. Estas correspondem aos meios que estão disponíveis às polícias para o exercício da atividade policial e estão previstas na Lei53/2008. Aquelas são também medidas de polícia mas com o fim específico de servirem no processo penal.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

de investigação qualquer pessoa pode prestar informações, relacionadas com aquele ilícito criminal, que facilitem a descoberta dos agentes do crime ou conduzam à recolha de matéria probatória.

Para o nosso tema a natureza da informação em causa é distinta da que foi apreciada. Enquanto naquela qualquer pessoa pode prestar informações, no caso do **informador** a informação obtida possui natureza e, em princípio, um fim diferente que pode ser proativo ou reativo e com dimensão distinta.

A utilização de informadores⁵⁶ para investigar o crime organizado, e não só, pode revelar-se um instrumento de trabalho pertinente e recorrente. O uso de informadores confidenciais pode revelar-se, numa relação de custo-benefício, profícuo e eficiente no decurso da investigação.

Em Portugal o informador típico corresponde geralmente a alguém com um percurso criminoso que manifesta vontade de colaborar com a polícia. A colaboração pode consistir na recolha ou transmissão de informação referente ao passado, presente, ou futuro de práticas criminosas e identificação de suspeitos ou membros de organizações. A disponibilidade do informador tem normalmente subjacente como contraprestação obter da instância policial algum tipo de compensação, designadamente monetária, proteção policial, prerrogativas no cumprimento de pena etc. Contudo, situações existem em que o informador é um cidadão comum que, por qualquer motivo, está na posse de informação pertinente e da qual não pretende retirar qualquer tipo de benefício.

A questão dos informadores nunca mereceu no nosso país qualquer abordagem de âmbito legal ou policial no seu tratamento e delimitação. Na ausência de enquadramento legal ou policial não é possível estrear formal ou informalmente a figura, contrariamente ao que sucede em diversos países.

Para alguns autores, o recurso a informadores viola o princípio da lealdade e pode acarretar a proibição de provas obtidas por essa via,⁵⁷ apesar de se admitir que a sua utilização, nos limites, possa ser considerada.

O uso de informadores em Inglaterra e nos USA está previsto e encontra-se devidamente enquadrado e regulamentado. Em **Inglaterra** este tema foi objeto de discussão

⁵⁶A figura do informador não possui qualquer suporte jurídico nem concetual contrariamente a outros sistemas jurídicos onde está regulamentada, como é o caso dos USA e Inglaterra.

⁵⁷Germano Marques da Silva, Curso de Processo Penal II, p. 192.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

designadamente quanto à distinção entre *informer* – a pessoa que fornece informações genéricas para a Polícia e - *informant* – a pessoa que possui informação consistente para poder vir a ser produzida uma acusação formal.

Neste país a *Association of Chief Police Officers (ACPO 1999)* conceitualizou informant como: “*an individual (because of) whose very existence and identity the law enforcement agencies judge it essential to keep confidential and who is giving information about crime or about persons associated with criminal activity or public disorder. Such an individual will typically have a criminal history, habits or associates, and will give the information freely whether or not in the expectation of a reward, financial or otherwise*”⁵⁸.

Segundo a associação os *informants* podem ser classificados por **cinco categorias**: 1) *Witness who wish to remain anonymous*; 2) *People who give information to Crimestoppers*; 3) *Confidential sources*; 4) *Registered CHISs*; 5) “*Supergrasses*”. A caracterização genérica de cada uma destas figuras foi concretizada e no fundamental: o primeiro decorre da vontade de manter o anonimato no âmbito da “*hearsay*”, isto é, a informação prestada não é presencial nem confirmada pois decorre do que se “**ouviu dizer**”; os *Crimestoppers* são **comunicações anónimas**, relacionadas com informação sobre crimes, efetuadas para a Polícia que está impedida de divulgar a fonte; *Supergrass* corresponde àquele que em tribunal fornece evidências/provas que lhe concede uma **redução na sentença**.

A principal dificuldade na classificação das cinco categorias pode colocar-se na distinção entre *Confidential Source (CS)* e *Covert Human Intelligence Sources (CHIS)*⁵⁹ pela justaposição que ambas podem comportar. Segundo a ACPO, a *Confidential Source* corresponde ao indivíduo ou membro de uma organização que transmite informação sobre alguém, mas que com este comportamento pode colocar em risco a sua pessoa ou atividade profissional. A CHIS corresponde ao indivíduo/testemunha que possui um **estatuto especial** de proteção de acordo com a política criminal estabelecida. Para tentar debelar a extrema dificuldade entre estas categorias o *Regulation of Investigatory Powers Act 2000 (RIPA)* considera que uma pessoa é *Covert Human Intelligence Sources* se: mantém contactos pessoais ou de outro tipo sem que a outra parte se aperceba da dissimulação; o contacto estabelecido tem por objetivo recolher informação e transmitir a outra pessoa; a informação

⁵⁸Tim Newburn et al, Handbook of Criminal Investigation, p. 432.

⁵⁹Handbook of Criminal Investigation, CHIS é a designação atualmente utilizada pela polícia para designar informant que são acompanhados por unidades específicas que preservam a sua integridade e confidencialidade, p. 660.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

obtida e transmitida, de forma encoberta, não pode ser associada à relação estabelecida entre as partes envolvidas.

Essencial na distinção entre as duas categorias (*CS e CHIS*) é o facto da *Confidential Source* não estabelecer ou manter relação pessoal ou de outro género com o estrito objetivo de recolher informação e transmissão a outra pessoa. A CHIS será objeto de desenvolvimento no Capítulo II, Secção 2⁶⁰, permitindo verificar que a sua natureza e atribuições representam a figura do agente encoberto.

Nos **Estados Unidos** a figura dos informadores foi regulamentada e sucessivamente revista ao longo dos anos. A regulamentação da figura é da responsabilidade do *Attorney General*, estatuída e sistematizada nas *Guidelines (Guidelines Regarding The Use of FBI Confidential Human Sources*⁶¹), referenciada pelo acrónimo *CHS*. Para o nosso estudo privilegiamos o tratamento dado a estas fontes pelo FBI devido à natureza especificamente criminal e federal desta polícia.

O Departamento de Justiça (DOJ) através das *Guidelines* e de acordo com o objetivo e âmbito destas definiu a *CHS* como: “*Confidential Human Source or "CHS" - any individual who is believed to be providing useful and credible information to the FBI for any authorized information collection activity, and from the FBI expects or intends to obtain additional useful and credible information in the future, and whose identity, information or relationship with the FBI warrants confidential handling*”.

Após a conceptualização da *CHS*, as *Guidelines* revelam vários critérios formais e materiais dos quais nos permitimos destacar as **obrigações mútuas** relevantes para as partes (policial e *CHS*):

a) proibição de imunidade; b) confidencialidade do funcionária da justiça para não revelar matéria confidencial investigatória utilizada pela instituição (informação relativa a vigilância eletrónica, mandados de busca etc); c) não revelar a identidade verdadeira do informador confidencial (exceto em circunstâncias excecionais que obedecem a requisitos previamente fixados); d) registo da identidade verdadeira do informador confidencial, precedida de aprovação superior prévia, que incluiu – identidade completa, interesses

⁶⁰ A figura nos diversos sistemas jurídicos

⁶¹ Disponível em <http://www.justice.gov> A competência e capacidade do *Attorney General* para a sua emissão está prevista no Title 28, United States Code, Section 509, 510 e 533 e foram publicadas em 13.12.2006, acedido em maio 2013.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

profissionais e pessoais; relação do informador com o alvo; motivação etc; e) registo das promessas ou benefícios que o informador vai obter; f) dever de sinceridade;

O informador (CHS), por sua vez, compromete-se a:

a) declarar perante o seu contacto, e uma testemunha do DOJ⁶², que a informação é verdadeira; b) a sua colaboração é voluntária; c) admissão da possibilidade de, se necessário, ser testemunha; d) não possuir qualquer imunidade relativa a atos ilícitos que possa vir a praticar;

Além destes requisitos o documento prevê ainda que:

a) não podem ser utilizados fugitivos como informadores; b) todos os pagamentos são previamente autorizados; c) em caso algum o pagamento pode depender da acusação ou condenação da pessoa; d) em caso de atividades ilícitas a autorização é imediatamente revogada.

Nos dois sistemas, o escopo principal, no contacto estabelecido com informadores, é a **recolha de informação**, credível, útil e muito difícil de obter, quando não impossível, por outros meios.

A confidencialidade é uma questão extremamente relevante, para os envolvidos, devido aos potenciais riscos, de todo o tipo, sobretudo para o informador. A prestação de informação possuiu carácter facultativo. Contudo, a transmissão está quase sempre dependente de contrapartidas – financeiras ou de outro género – que devem ser objeto de apreciação precedente à atuação do informador. Recusa liminar de atividades ou contrapartidas ilícitas na obtenção e transmissão de informações. Nos Estados Unidos a prestação financeira está previamente parametrizada e, em princípio, não é possível prestação diversa. Toda a informação prestada, nestes termos, deve revelar-se útil e credível para os fins a que se destina.

Em Portugal a situação é substancialmente diferente. Não existe qualquer orientação quanto à forma de interagir com o informador, pelo que o acesso e recurso a este é gerido pelo interlocutor imediato, em regra funcionário da investigação criminal, no pressuposto da confiança mútua e dos interesses em perspetiva.

Consensual parece ser o facto de o informador ser objeto de duas perceções antagónicas. Para as potenciais vítimas, surge como alguém desprezível, desleal, traidor que

⁶²DOJ, Department of Justice

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

passa a ser referenciado com epítetos soezes do tipo “bufo”, “chibo”, caracterização que, colocando um labéu duradouro no visado, pode acarretar um conjunto de consequências negativas a todos os níveis. No lado oposto, para as polícias ou serviços que a eles recorrem, representa uma fonte preciosa de informação, eventualmente passível de utilização e resultados imediatos, ou então capaz de permitir a correlação e expansão de informação já obtida para ser utilizada em momento oportuno.

A informação transmitida pode ainda ser útil para outros fins, designadamente pedidos relacionados com meios de obtenção de prova - buscas domiciliárias ou de outro tipo, interceções telefónicas, inclusive para dar início a uma ação encoberta – sendo que, também nestes casos, a sua utilização deve pautar-se pela confidencialidade quanto à origem. A confidencialidade é de se admitir nestas situações de forma a preservar a segurança do informador e do círculo familiar.

O informador pretende, como é evidente e compreensível, permanecer confidencial durante a sua intervenção e não tem qualquer interesse em participar no processo, seja na fase de inquérito como de julgamento.

Existe perigo sério do informador transmitir deliberadamente matéria falsa ou manipulada, quer por interesse próprio, quer por motivos psicológicos que os pode transformar em superpolícias zelosos⁶³. Verificaram-se ainda situações em que os informadores não estavam a transmitir informação para a investigação. Inversamente o seu propósito consistia em recolher dados a pedido de organizações que, por esta via, pretendiam obter informação concreta relacionada com existência de investigações sobre essas organizações, identificação de investigadores, designadamente os que atuavam como agentes encobertos, momento de possíveis intervenções das autoridades etc. Uma nota final para a sensação de imunidade que muitos informadores parecem revelar, e pode contribuir para comportamentos suscetíveis de responsabilização penal, que tentam depois justificar com a “função” alegadamente desempenhada ou prevalência do interesse envolvido.

O recurso à utilização de informadores no âmbito da investigação criminal é uma realidade frequente, extremamente útil em determinadas situações, que deve merecer uma avaliação cuidadosa das instâncias envolvidas, designadamente daquelas que com eles mantêm contacto direto. Na realidade, excluindo as manifestações de cidadãos absolutamente

⁶³Gary T. Marx, *Undercover Police Surveillance in America*, pp 152-158

orientadas por um sentido de responsabilidade cívico e altruísta, prepondera neste tipo de atitude a expectativa de obtenção da contraprestação pela informação transmitida.

O emprego de informadores na investigação criminal foi e continuará a ser um meio privilegiado para obtenção de informação relevante para as polícias. Os problemas suscitados pelos informadores podem ser premunidos através de políticas e procedimentos cautelares que podem incluir: diretrizes escritas, critérios na seleção e avaliação, registos de informadores e instruções explícitas. Alguns casos, devido à sua complexidade e sensibilidade, pela natureza objetiva e subjetiva, podem ser complementados com um *memorandu* sobre os limites do autorizado e interdito.

Neste particular, admitimos que para Portugal seria benéfica a implementação de alguns critérios, no recrutamento e utilização de informadores, suscetíveis de obstar eventuais perturbações ou transgressões que podem ocorrer no decurso das relações estabelecidas.

Consideramos que a **adoção de diretrizes** no relacionamento entre o informador e recetor poderá afastar os receios daqueles que, por vezes, pretendem transformar o informador como alguém indigno que atua de forma ilícita perante a sociedade⁶⁴. Não partilhamos nem aceitamos esta visão e género de argumentos. Dir-se-á que, em rigor, o informador não participa na prática do crime, a sua atividade não é constitutiva do crime, mas apenas informativa e, por isso, temos de admitir, **preferencialmente de forma regulada**, a sua utilização na investigação criminal.

3.2 O Colaborador

No Código Penal, aprovado pelo DL 400/82⁶⁵, que entrou em vigor no dia 01 de janeiro de 1983, no art. 287º, n.º 4 (Associação Criminosa) atual 299º, n.º 4, 288º, n.º 7 (Organizações Terroristas) e 289º, n.º 3 (Terrorismo)⁶⁶ previa-se, pela primeira vez, a **colaboração** do arguido com as instâncias formais na investigação e responsabilização penal de outros intervenientes com o propósito da redução ou isenção da pena.

⁶⁴ O caso Watergate, que conduziu à demissão do Presidente Nixon, desenvolveu-se a partir das informações prestadas por Mark Felt, conhecido pelo “Deep Throat”. Porventura devemos considerar Mark Felt como desleal, indigno e que, pelo seu comportamento, quebrou os laços de solidariedade entre os membros da sociedade, como advogam alguns autores relativamente à figura do informador?

⁶⁵ Republicado pela Lei 59/2007 de 04 de setembro.

⁶⁶ Os dois últimos revogados pela Lei 52/2003 de 22 de agosto.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

Os atos terroristas perpetrados no dia 11 setembro de 2001 conduziram à criação de legislação específica, no âmbito da Decisão-Quadro do Conselho de 13 de junho de 2002 – relativo à luta contra o terrorismo – que decorre da Lei 52/2003. Este diploma no art. 2º (Organizações terroristas), art. 3º (Outras organizações terroristas), art. 4º (Terrorismo) e art. 5º (Terrorismo internacional) manteve a possibilidade da **colaboração** do arguido nomeadamente quando o agente “...*auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis*”. Não obstante as alterações legislativas verificadas com a criação de uma lei específica para o fenómeno do terrorismo (Lei 52/2003, de 22 de agosto, Lei de Combate ao Terrorismo) com a introdução de novos tipos legais, o legislador manteve a possibilidade de **atenuação especial** ou **isenção da pena** para aqueles que se mostrem disponíveis para auxiliar/colaborar na fase ex-ante ou ex-post da investigação e julgamento⁶⁷.

A colaboração do arguido nas fases da investigação e julgamento da criminalidade organizada foi implementada por alguns países e os resultados obtidos serviram de catalisador para futuras decisões promovidas em sede de Direito Internacional.

O nosso país, nomeadamente por força dos compromissos internacionais, no âmbito convencional regularmente ratificados e aprovados através do DL 430/83, de 13 de dezembro, manifestou abertura e vontade de expandir este estatuto para outras formas de criminalidade

⁶⁷ Artigo 4.º

Terrorismo

1 - Quem praticar os factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, com a intenção nele referida, é punido com pena de prisão de 2 a 10 anos, ou com a pena correspondente ao crime praticado, agravada de um terço nos seus limites mínimo e máximo, se for igual ou superior àquela, não podendo a pena aplicada exceder o limite referido no n.º 2 do artigo 41.º do Código Penal.

2 - Quem praticar crime de furto qualificado, roubo, extorsão, burla informática e nas comunicações, falsidade informática, ou falsificação de documento administrativo com vista ao cometimento dos factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º é punido com a pena correspondente ao crime praticado, agravada de um terço nos seus limites mínimo e máximo.

3 - Quem, por qualquer meio, difundir mensagem ao público incitando à prática dos factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, com a intenção nele referida, é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.

4 - Quem, por qualquer meio, recrutar outrem para a prática dos factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, com a intenção nele referida, é punido com pena de prisão de 2 a 5 anos.

5 - Quem, por qualquer meio, treinar ou instruir outrem sobre o fabrico ou a utilização de explosivos, armas de fogo ou outras armas e substâncias nocivas ou perigosas, ou sobre outros métodos e técnicas específicos para a prática dos factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, com a intenção nele referida, é punido com pena de prisão de 2 a 5 anos.

6 - A **pena pode ser especialmente atenuada ou não ter lugar a punição** se o agente abandonar voluntariamente a sua atividade, afastar ou fizer diminuir consideravelmente o perigo por ela provocado, impedir que o resultado que a lei quer evitar se verifique, ou **auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas** para a identificação ou a captura de outros responsáveis.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

organizada para além do regime jurídico aplicável ao tráfico e consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas.

Para o nosso estudo interessa chamar à colação, no sobredito DL 430/83, o n.º 2 do art.31º (Atenuação ou dispensa de pena) do diploma no qual se decreta: “ *No caso de prática dos crimes previstos nos artigos 23º, 24º e 28º⁶⁸, se o agente abandonar voluntariamente a sua atividade, afastar ou fizer diminuir consideravelmente o perigo por ela causado, auxiliar concretamente na recolha de provas decisivas para a identificação ou captura dos outros responsáveis⁶⁹, especialmente no caso de grupos, organizações ou associações, poderá a pena ser-lhe livremente atenuada ou decretar-se mesmo a isenção.*”

O DL 430/83, de 13 de dezembro, foi revogado pelo DL 15/93, de 22 de janeiro, que introduziu algumas alterações, mas conservou a matriz premial do diploma original. A questão do **auxílio/colaboração** manteve-se no diploma gerando a expectativa da possibilidade de atenuação ou dispensa da pena. Assim, artigo 31.º (Atenuação ou dispensa de pena) :*Se, nos casos previstos nos artigos 21.º, 22.º, 23.º e 28.º, o agente abandonar voluntariamente a sua atividade, afastar ou fizer diminuir por forma considerável o perigo produzido pela conduta, impedir ou se esforçar seriamente por impedir que o resultado que a lei quer evitar se verifique, ou auxiliar concretamente as autoridades na recolha de provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis, particularmente tratando-se de grupos, organizações ou associações, pode a **pena** ser-lhe especialmente **atenuada** ou ter lugar a **dispensa de pena**.*

Por sua vez a Lei 36/94, de 29 de setembro, que tem por objeto Medidas de Combate à Corrupção e Criminalidade Económico Financeira, no seu art. 8º (Atenuação especial) prevê: *Nos crimes previstos no artigo 1.º, n.º 1, alíneas a) e e), a pena pode ser **especialmente atenuada** se o agente auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis.*

No âmbito da legislação sobre tráfico de estupefacientes, corrupção e criminalidade económico financeira ou terrorismo, o legislador considerou e admitiu a possibilidade de atenuação ou dispensa da pena. Assim, no caso do agente, entenda-se arguido, (... *afastar ou diminuir o perigo...impedir o resultado...auxiliar concretamente as autoridades na recolha*

⁶⁸ Estes artigos são apresentados sobre a seguinte epígrafe, Art. 23 (Tráfico e atividades ilícitas), 24º (Tráfico de quantidades diminutas), art. 28 (Associações de delinquentes).

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

*de provas decisivas para a identificação ou captura de outros responsáveis... pode a pena ser-lhe especialmente **atenuada** ou ter lugar a **dispensa da pena**).*

O legislador ao prever expressamente nesta legislação a possibilidade de atenuação ou isenção da pena, pela colaboração do agente/arguido, manifestou vontade deliberada de escolher um regime de exceção ao regime geral do capítulo IV do Código Penal (art.s 71º a 82º) que se ocupa da escolha e medida da pena. A atenuação ou dispensa da pena para os casos expressamente previstos na lei representa, para além do mais, o reconhecimento da elevada complexidade e dificuldade investigatória neste tipo de crimes e dos obstáculos na obtenção de matéria probatória, por vezes, só possível de obter com a colaboração dos intervenientes diretos.

A redução ou isenção apenas é viável para o arguido que, atendendo ao seu estatuto de sujeito processual, pode beneficiar daquela medida em sede de julgamento e aquando da aplicação da pena.

Relevante em todo este processo de colaboração é o comportamento do arguido, *ex-ante* ou *ex-post*, que se deve pautar por afastar ou diminuir o perigo da sua conduta, esforçar-se por impedir o resultado ou auxiliar as autoridades na recolha de provas decisivas para a identificação de outros responsáveis das organizações criminosas.

No caso do colaborador não existe anonimato ou informação oculta. Ele é sujeito processual, como arguido, e a sua intervenção é do domínio público estando sujeita ao contraditório. Distinto também do agente encoberto pois este obedece a requisitos jurisdicionais prévios à sua intervenção que, porém, não estão previstos para a figura do colaborador. De facto, a título meramente exemplificativo, na legislação relativa ao tráfico de estupefacientes, o legislador teve o cuidado de efetuar evidente distinção entre colaborador e agente encoberto ao manter, na Lei 15/93, o art. 31º⁷⁰ que prevê a atenuação ou dispensa da pena para aquele que **colaborar** na investigação do tipo de crime. Do mesmo modo procedeu

⁷⁰ **Artigo 31.º**

Atenuação ou dispensa de pena

Se, nos casos previstos nos artigos 21.º, 22.º, 23.º e 28.º, o agente abandonar voluntariamente a sua atividade, afastar ou fizer diminuir por forma considerável o perigo produzido pela conduta, impedir ou se esforçar seriamente por impedir que o resultado que a lei quer evitar se verifique, ou auxiliar concretamente as autoridades na recolha de provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis, particularmente tratando-se de grupos, organizações ou associações, pode a pena ser-lhe especialmente atenuada ou ter lugar a dispensa de pena

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

relativamente ao art. 8º⁷¹, da Lei 36/94, ao considerar, neste caso, a possibilidade de atenuação especial da pena, mas excluindo a dispensa da pena. Nos dois casos – tráfico de estupefacientes e criminalidade económico-financeira – está prevista, nos termos do art. 2º da Lei 101/2001, a utilização da ação encoberta para fins de prevenção e investigação criminal. Porém, relativamente ao tráfico de estupefacientes o legislador decidiu manter a possibilidade da atenuação ou dispensa da pena para aquele que pretenda colaborar, mas na criminalidade económico-financeira apenas prevê a hipótese de atenuação. Em todo o caso compreende-se que, apesar do recurso à ação encoberta, o legislador mantenha a possibilidade de conceder ao colaborador contrapartidas nas consequências jurídicas do facto, nomeadamente na atenuação ou dispensa da pena.

O colaborador, contrariamente ao informador, pratica o crime, portanto, a sua intervenção não é apenas informativa mas também participativa. A sua identidade não é confidencial e os seus atos podem ser sujeitos ao contraditório, o que permite aos visados a possibilidade de efetuar a sua defesa.

Para obter o benefício, a colaboração deve ser fundamental na fase de inquérito e indispensável no julgamento. É nesta fase, por força do princípio da imediação da prova, ou seja, a proibição de valoração de qualquer prova que não haja sido produzida ou examinada em sede de audiência, nos termos do art. 355º do CPP, que a produção de prova e a discussão pela acusação e defesa se revelam plenamente. Consequentemente este é o momento e espaço adequado para se determinar a relevância da colaboração.

O colaborador para retirar benefício deve revelar-se **essencial** mas **não indispensável** na decisão condenatória, aliás a sua intervenção vai no sentido, de acordo com o texto da lei, de *“auxiliar na recolha de provas decisivas ou captura de outros responsáveis”*. A sua intervenção está sujeita ao contraditório e aceita a sua incriminação quando decide incriminar os coarguidos e só nestes termos as suas declarações devem ser valoradas.

Não existindo motivos que coloquem em causa o carácter livre da manifestação do colaborador e desde que os factos declarados por este sejam corroborados por outros meios de

⁷¹Artigo 8.º

Atenuação especial

Nos crimes previstos no artigo 1.º, n.º 1, alíneas a) e e), a pena pode ser especialmente atenuada se o agente auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis.

prova, consideramos que a colaboração deve ser levada em conta na decisão final do tribunal, designadamente na dispensa ou atenuação da pena a aplicar.

3.3 O Arrependido

A figura do arrependido não está prevista na legislação nacional. A Itália revelou-se pioneira na criação do *pentito ou pentiti*⁷², na década de 70 do século passado, que foi utilizado para a investigação e condenação de diversos grupos terroristas urbanos ou associações mafiosas que operavam no país.

Em Portugal a sua utilização verificou-se no final da década de 80 no decurso da investigação e julgamento das Forças Populares 25 de Abril – FP 25 de Abril ou FP's-. O emprego exclusivamente neste processo e julgamento, parece resultar da influência da legislação e jurisprudência Italiana entre os anos 60 a 80, no designado “Período de Chumbo”⁷³. Na sua génese encontra-se o fenómeno terrorista urbano que, na década de 60, se disseminou por alguns países democráticos europeus – Alemanha, Itália, França e Espanha – e ameaçava seriamente a democracia e o Estado de Direito.

Para fazer face à nova e grave ameaça criminal estes países recorreram a várias medidas legislativas, substantivas e adjetivas de carácter administrativo-policial e procederam ao reforço da cooperação internacional no plano judicial e policial. Estas medidas, consideradas excepcionais, traduziram-se em Itália na Lei n.º 304/82⁷⁴ que previa a **isenção** de pena dos arguidos que contribuísem decisivamente para o desmantelamento das organizações terroristas; Alemanha (Lei de 18 de agosto de 1976 e artigo 139 do Código Penal Alemão) face ao terrorismo dos Baader-Meinhof; Espanha (Real Decreto n. 3/1979, Lei n. 2/1984 e Lei n. 11/1980, Lei n. 56, de 4 de dezembro de 1978, Lei n. 16, de 22 de abril de 1980 e Lei n. 7,

⁷²O sistema judicial italiano identifica processualmente esta figura como “colaboradores da justiça”. A legislação sobre esta matéria está dispersa por diversa legislação designada por “Collaboratori di giustizia, pentiti e dissociati” na qual assume especial relevância o DL, n. 8, de 15 de Janeiro de 1991, com as modificações da Lei n. 82, de 15 de Março de 1991 e modificações da Lei n. 45, de 13 de Fevereiro de 2001 (Nuove norme in materia di sequestri di persona a scopo di estorsione e per la protezione dei testimoni di giustizia, nonché per la protezione e il trattamento sanzionatorio di coloro che collaborano con la giustizia).

⁷³ O período de 1960-1980 em Itália caracterizou-se por uma forte instabilidade sócio-política e uma onda de terrorismo urbano entre a extrema direita e esquerda (no primeiro grupo a Ordine Nuovo e Avantguardia e no segundo Red Brigades e Oct. 22 Group). Este terrorismo urbano que causou inúmeras vítimas e violência foi também apelidado pelo período de chumbo devido à composição – chumbo- das munições utilizadas pelos contendores.

⁷⁴ L. 29 mag, 1982, n. 304 Misure per la Difesa dell’ordinamento costituzionale.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

de 23 de abril de 1983) e França (Lei 86-1020, de 9 de setembro de 1986) todas ordenadoras do mesmo domínio penal.

Das várias medidas legislativas adotada por estes países uma – figura do arrependido - assumiu especial relevância para as partes envolvidas na fase de investigação e julgamento. A possibilidade do arrependido poder vir a beneficiar da isenção da pena foi estatuída, sem reservas em vários ordenamentos jurídicos, e acolhida na jurisprudência Portuguesa com o seguinte sentido: “*o instituto da isenção da pena é um mecanismo legal e democrático essencial à defesa das democracias que os tribunais devem aplicar, verificados que sejam os respetivos pressupostos*” como se pode ler no aresto infra referido ⁷⁵.

Portugal, na década de 80, perante a ameaça do terrorismo urbano materializado pelas FP25 de Abril, decidiu seguir o percurso traçado no espaço Europeu e também “adotou” a figura do arrependido nos sucessivos julgamentos relacionados com esta estrutura criminosa. No aresto do STJ, Proc. 047915, de 28 de setembro de 1995, a propósito da decisão proferida no âmbito de inquérito relacionado com as FP25 de Abril, surge plasmada em toda a extensão a concessão do estatuto de arrependido a um ⁷⁶ dos arguidos ao referir ser: “*...de concluir, face ao transcrito, que a colaboração do réu A com as autoridades foi de enorme utilidade e relevância para a desarticulação da organização criminosa FP-25 e do seu poder bélico e para impedir a continuação da respetiva atividade*”

Prosseguindo a exposição, o aresto do STJ afirma que: “*...ora, sendo as FP-25 consideradas uma organização terrorista, nos termos do artigo 288º, n. 2 do Código Penal*⁷⁷, estabelece o n. 7 deste normativo que “*é aplicável aos casos referidos neste artigo o disposto no n. 4 do artigo 287*”, que diz, aludindo às associações criminosas: “*As penas referidas podem ser livremente atenuadas, ou deixar mesmo de ser aplicadas, se o agente impedir a continuação dos grupos, organizações ou associações ou comunicar à autoridade a sua existência a tempo de esta poder evitar a prática de crimes.*”

Chamado a pronunciar-se sobre a questão o STJ decidiu nos seguintes termos: “*Pelo exposto, e atentos os factos que ficaram exarados nas alíneas a) a h) do n. 4, consideram-se preenchidos todos os requisitos do instituto da isenção de pena previstos nos artigos 287º, n. 4 e 288º, n. 7 do Código Penal, pelo que se decide conceder provimento ao recurso e isentar*

⁷⁵ Disponível em <http://www.dgsi.pt / Ac. STJ Proc. 047915>

⁷⁶ Nos diversos processos relacionados com as FP's 25 de Abril, na fase de inquérito e julgamento, vários arguidos recorreram à condição de arrependido e beneficiaram de isenção da pena.

⁷⁷ A Lei 52/2003 de 22 de agosto revogou esta norma.

de pena o réu A relativamente ao crime previsto e punido pelos artigos 288º, nº 1, 2 - alínea e) e 4 do mesmo código, nessa medida se revogando o acórdão recorrido”.

Das três figuras abordadas – informador, colaborador e arrependido - importa focar alguns aspetos que, na nossa opinião, permitem concretizar a distinção entre as duas últimas devido à sobreposição que, aparentemente, parece existir.

Começamos por admitir que nas duas figuras devem verificar-se os seguintes pressupostos: **primeiro**, a redução ou isenção da pena tem de estar prevista no preceito normativo; **segundo**, no preceito normativo a situação jurídica tem de integrar o(s) conceito(s) de terrorismo ou criminalidade altamente organizada⁷⁸; **terceiro**, a colaboração deve ser ativa e a contribuição decisiva na descoberta da verdade e aquisição de prova. Observados os três pressupostos chegamos à conclusão que eles estão presentes nas duas figuras. A distinção entre elas, na nossa opinião, reside, essencialmente, no facto da figura do arrependido poder, além da redução ou isenção da pena, beneficiar de medidas adicionais. No único caso nacional o benefício concedido permitiu a aquisição de uma nova identidade e a deslocação permanente para outros países com a supervisão das autoridades nacionais.

É nesta possibilidade jurídica que deve residir a *summa divisio* entre o **colaborador** e o **arrependido**, *in casu*, o nascimento de uma nova pessoa jurídica a partir de uma dimensão humana já existente e cuja personalidade se mantém. Sucede que essa personalidade – arrependido – passa a estar investida de outra personalidade e capacidade jurídica que lhe permite ser sujeito de quaisquer relações jurídicas.

Os Estados Unidos foram precursores na criação desta figura quando, em 1970, criaram o *Witness Security Program (WITSEC)* com o objetivo de proteger testemunhas, e seus dependentes, que estivessem em perigo devido ao seu acordo para testemunhar pelo governo em casos de crime organizado. O programa, nos últimos 40 anos, admitiu testemunhas que acordaram depor em casos de terrorismo, tráfico de droga e violência organizada. As testemunhas, que integram o programa, participaram ou são suspeitas de participar naqueles crimes. O DOJ (*Department of Justice*) reconheceu que algumas das testemunhas foram autores ou suspeitos de atos terroristas que, porém, transmitiram

⁷⁸ Definições legais constantes no artº 1º al. i) e m) do CPP.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

informação valiosa e vital e o seu testemunho foi imprescindível para identificar, dismantelar e prosseguir criminalmente organizações terroristas⁷⁹.

O programa começou em 1971 e, até ao momento, foram admitidas cerca de 8.400⁸⁰ testemunhas e 9.900 membros de família direta ou indireta. No ano de 2012 o programa tinha cerca de 700 participantes ativos que estão sob administração do *United States Marshal Service (USMS)*. A *Criminal Division's Office Enforcement Operations (OEO)* também é responsável pela administração de testemunhas no âmbito do programa.

Desde que a testemunha é admitida no programa, o Departamento da Justiça fornece uma nova identidade e toda a documentação necessária para desenvolver relações jurídicas; a testemunha é colocada numa nova área de residência e recebe assistência, de todo o género, até ser, novamente, autossuficiente. Estas prerrogativas podem ser extensivas a parentes ou irmãos que possam sofrer intimidações que afetem o depoimento da testemunha⁸¹.

Nos Estados Unidos a estrutura do modelo processual penal tem natureza *adversarial*, de disputa ou duelística, com domínio da *plea bargaining*, como modo consensual da resolução de conflitos. Este modelo processual caracterizado como acusatório vem negando essa natureza aos diversos modelos processuais continentais, tidos como inquisitórios (ou *non adversarial*⁸²), caracterizados pela obediência a estritos critérios de legalidade e objetividade.

O modelo americano concede ao MP a discricionariedade de iniciar o processo penal de acordo com o seu arbítrio, mas ainda de pôr termo a uma acusação já deduzida – através do *writ of nolle prosequi* – ou “reduzir” a sua gravidade – porque é esse o poder que lhe serve de “alavanca” no processo de negociação. Compreende-se que neste tipo de modelo processual

⁷⁹<http://www.justice.gov/oig/reports/2013/a1323.pdf> - Interim report on the department of justice's , May 2013. Acedido em junho 2013.

⁸⁰ O número apresentado incluiu indivíduos presos ou em liberdade e neste não estão incluídas as testemunhas a cargo do Federal Bureau of Prisons.

⁸¹Jay S. Albanese, *Organized Crime in Our Times*, p.p 293-294.

⁸² A estrutura do modelo de processo penal norte-americano e dos modelos continentais tende a ligar o modelo acusatório a um modelo garantista que concebe o processo penal como um “território de liberdade” e, no oposto, o modelo inquisitório a um modelo repressivo e autoritário em que as preocupações de defesa social assumem lugar preponderante, ou mesmo exclusivo. Não concordamos com esta visão que vai sendo disseminada sobre os dois sistemas. Como afirma Costa Andrade os dois modelos são contrapostos: o processo americano configura o “acusatório puro”, desenvolve-se sob domínio da acusação e defesa que sob ele detêm plena disponibilidade. O sistema continental, configura o processo acusatório integrado por um princípio de investigação. A partir da fase da acusação é o juiz que detém o domínio do processo e assume a responsabilidade última pela investigação da provas sobre que há de assentar a condenação ou absolvição do arguido, p. 137-138, Sobre as proibições da prova em processo penal.

penal, pela via da negociação penal, estejam disponíveis para “**testemunhar**” indivíduos que participaram nos crimes no âmbito de associações criminosas e que encontram nesta figura a possibilidade de redução ou isenção da pena.

Uma das maiores críticas que se faz às três figuras em causa é a ausência de lealdade, implícita no estímulo legal da traição. O estímulo assume-se como antiético e pode fomentar na sociedade a cultura que os “fins justificam os meios” ou revelar a incapacidade do Estado para fazer face à criminalidade moderna, complexa e transnacional.

Parece, porém, existir consenso que estas figuras podem revelar-se instrumentos poderosíssimos no combate ao crime organizado. Com efeito, prevalecem na generalidade dos ordenamentos reconhecidos como referência padrão nos direitos, liberdades e garantias fundamentais e com culturas jurídicas sedimentadas em valores reconhecidos universalmente.

O crime e as organizações criminosas não possuem traços mínimos de eticidade e o agente ao delatar os participantes não se pode afirmar que esteja agindo contra a ética. Não existe ética dentro da antiética.

A justificação ética da colaboração reside, a nosso ver, primacialmente, na utilidade social. Se a colaboração premial merece reprovação teremos também de repudiar quem revela o local onde está escondido o criminoso ou o colaborador que, com um simples telefonema anónimo, pode esclarecer ou contribuir para esclarecer uma investigação.

Num Estado de direito democrático que integra um regime de direitos, liberdades e garantias com proteção constitucional, a colaboração do arguido, ou cidadão, com a justiça não pode ser considerada delação. Ao pretender-se atribuir este labéu ao arguido estamos simultaneamente a dirigi-lo ao legislador que foi quem o estimulou.

Não compete ao Estado criar um dever geral de denúncia – por razões de respeito pelo princípio da dignidade humana, pois a pessoa é sujeito e não objeto, é fim e não meio de relações jurídico-sociais, art. 1º da CRP⁸³ - mas, em sentido oposto, não se deve apreciar negativamente a denúncia representada por aquele que participou na prática do crime e decidiu-se pela revelação perante as instâncias judiciais.

O acolhimento da figura do arrependido em Portugal, designadamente no caso do julgamento das FP25, é reflexo de uma política criminal que levou em consideração a desproporção de meios utilizados pelas organizações criminosas e aqueles que estão ao

⁸³ Gomes Canotilho e Vital Moreira, CRP anotada Volume I, p. 198.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

alcance das autoridades de investigação e perseguição penal. Com os enormes lucros provenientes das atividades criminosas, as organizações recorrem, cada vez mais, à utilização de meios – logísticos, comunicação, apoio jurídico, influência nos meios políticos e económicos - que lhes permitem prosseguir e implementar o tráfico de drogas, armas, pessoas, branqueamento de capitais à escala global. Vivemos na era da transnacionalização onde o crime atingiu uma enorme capacidade de diversificação. A organização e estruturação adotada com utilização de pessoas coletivas ou de células estanques e mutuamente desconhecidas dificulta seriamente, quando não impede, a descoberta da verdade, obtenção da prova ou identidade e responsabilidade concreta dos agentes que representam o efetivo controlo da criminalidade organizada.

Perante isto o Estado optou por não se resignar e enfrentou “os senhores do crime⁸⁴”. Para o efeito implementou uma política criminal e normativa, através do instituto de redução ou isenção da pena, premiando aqueles que, sendo integrantes dessas organizações, contribuísem de forma decisiva para a sua desarticulação e responsabilização perante as instâncias judiciais, as únicas de que o Estado de direito democrático se pode munir para travar o risco que “os senhores” representam para a comunidade.

A colaboração na fase da investigação e julgamento, da criminalidade organizada, tem permitido às autoridades desarticular e responsabilizar figuras do topo de diversas organizações criminosas. Só com a colaboração dos *pentiti*⁸⁵ foi possível ao Estado italiano reduzir substancialmente a capacidade criminosa das estruturas mafiosas que ameaçavam colocar em risco as instituições democráticas.

Mantemos a convicção que a conduta adotada é de enorme utilidade e relevância, ou indispensável, na investigação e responsabilização da criminalidade organizada. Para estas situações é razoável considerar que a postura ativa e decisiva do arrependido tem, em regra, um valor excecional, para o efeito de se atenuar especialmente a pena ou, inclusive, para a sua dispensa, pois estamos convencidos de que foi essa a intenção do legislador.

⁸⁴ Cunha Rodrigues, “*Os Senhores do Crime*”, *RPCC*, ano9, fasc.1º, 1999. Esta intervenção efetuada pelo Dr. Cunha Rodrigues adotou o título do livro de Jean Ziegler “*Les Seigneurs du crime- Les nouvelles máfias contre la democracie*”. O autor – Dr. Cunha Rodrigues - conclui que os novos desafios na prossecução penal revelam a necessidade urgente de reconversão de métodos e meios de caráter legislativo, reforço investigatório e processual, apoio de peritos e consultores aos decisores judiciais.

⁸⁵ A denominação *pentito* deu origem ao *pentitismo* nos anos 70 em Itália. Surgiu para designar a figura jurídica prevista no art. 3º da Lei 304/82, ou seja, o sujeito que, submetido a processo penal, confessava a sua própria responsabilidade e fornecia às autoridades informações sobre os factos criminosos e seus responsáveis.

4. O Agente Encoberto e o Agente Provocador: Aprovação e Reprovação

Até à publicação do Regime Jurídico das Ações Encobertas era comum colocar o agente infiltrado e agente provocador no mesmo nível jurídico-penal e inscrevê-los no conceito genérico de ações encobertas durante a investigação criminal.

A Lei 101/2001 veio contribuir, decisivamente, para se colocar um ponto final nesta discussão ao fixar no objeto (art. 1º) os fins de prevenção e investigação criminal e definir o âmbito de aplicação (art. 2º) à criminalidade organizada e grave.

O conceito teleológico do n.º 1, do art. 6º, visa fixar os limites do permitido em termos de Estado de Direito, limites esses que quando ultrapassados conduzem à responsabilidade penal porquanto subsumíveis na figura do agente provocador. O diploma e a norma em questão não pretendem condescender com a figura do agente provocador, aliás um dos seus axiomas é refutar a atuação e provas obtidas ilicitamente através do sacrifício dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.

A jurisprudência e doutrina têm contribuído na diferenciação da figura do agente provocador e infiltrado na praxis jurídico-processual. O aresto do STJ, Processo 98P999, define como **agente provocador** aquele “*em que um membro da autoridade policial, ou um civil comandado pela polícia, induz outrem a delinquir por forma a facilitar a recolha de provas da ocorrência do ato criminoso*”. No mesmo aresto o **agente infiltrado** é caracterizado por: “*se insinuar junto dos agentes do crime, ocultando-lhes a sua qualidade, de modo a ganhar as suas confianças, a fim de obter informações e provas contra eles mas sem os determinar à prática de infrações*”⁸⁶.

Este tribunal superior, no Proc. 127/10.0JABRG.G2.S1⁸⁷, pronuncia-se sobre esta questão em sentido idêntico ao decidir que “*a fronteira entre agente encoberto e agente provocador pode parecer ténue mas é inultrapassável. Prevenir e provar um crime ou desencadeá-lo em nome de uma possibilidade futura são realidades diversas*”. Para o tribunal é fundamental efetuar a distinção “*entre aqueles que por vezes com risco da própria vida contribui para a eficiência do combate à criminalidade e aquele que provoca o próprio crime e a subtil aproximação que, por vezes, alguns autores ensaiam; é confundir realidades diametralmente opostas*”.

⁸⁶<http://www.stj.pt/jurisprudencia/basedados> - Acedido em junho de 2013 -

⁸⁷<http://www.stj.pt/jurisprudencia/basedados> - Acedido em junho de 2013.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

Para Susana Aires,⁸⁸ o agente infiltrado é uma técnica de investigação que consiste, essencialmente, na possibilidade de agentes da polícia criminal ou terceiros sob a sua direção contactarem os suspeitos da prática de um crime com ocultação da sua verdadeira identidade, atuando de maneira a impedir a prática de crimes ou a reunir provas que permitam a efetiva condenação de criminosos. Já quanto ao provocador adere *ipsis verbis* à definição contida no primeiro aresto citado.

Segundo Isabel Oneto, a distinção, sobretudo no plano dogmático, entre o agente provocador e infiltrado, define-se pela **conduta instigadora** do primeiro, e pela posição de passividade face à resolução criminosa assumida pelo segundo⁸⁹.

O agente provocador, na opinião de Alves Meireis, é aquele que, sendo um cidadão particular ou entidade policial, convence outrem à prática de um crime **não querendo o crime a se**, e, sim, pretendendo submeter esse outrem a um processo penal e, em último caso, a uma pena⁹⁰. A atuação do agente infiltrado caracteriza-se por obter a confiança do(s) agente(s) do crime, tornando-se aparentemente num deles, para, desta forma, ter acesso a informações, planos, processos, confidências...que, de acordo com o seu plano, constituirão as provas necessárias à condenação⁹¹.

A jurisprudência e doutrina citada permitem constatar distinções relevantes entre as figuras em causa:

O agente infiltrado, prosseguindo as finalidades previstas na Lei 101/2001, investiga, identifica intervenientes, reúne provas e informação imprescindíveis para a prossecução e punição dos responsáveis, previne o crime e, em circunstâncias normais, impede ou minimiza as suas consequências. O infiltrado não determina o visado à prática do crime. Apenas se limita a trazer à superfície crimes que já estão em preparação ou execução. A sua intervenção é de molde a propiciar o desenvolvimento e o sucesso da ação encoberta evitando, quando possível, a realização de futuros crimes e obtenção de provas que permitam a perseguição e condenação do(s) visado(s).

O agente provocador não persegue as finalidades previstas na lei, o seu objetivo principal é instigar o provocado no *iter criminis*, no sentido de suscitar o dolo criminoso em

⁸⁸ Liber Discipulorum para Jorge Figueiredo Dias, p. 1222.

⁸⁹ Isabel Oneto, O Agente Infiltrado, p. 137.

⁹⁰ Alves Meireis, O regime das provas obtidas pelo agente provocador em processo penal, p. 155.

⁹¹ Alves Meireis, op. cit. p. 164.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

alguém que não o tinha previamente à sua intervenção⁹², para poder obter as provas e demais matéria que conduzam à detenção e condenação do visado. O agente provocador tem a iniciativa criminosa e, com a sua atuação, produz ou cria de forma cabal no executor a decisão de cometer o crime, que de outra forma não seria cometido.

Enquanto no primeiro - infiltrado – detetamos a presença de meios astuciosos legais, mas que, de todo, recusam a instigação ou provocação do facto criminoso; no segundo – provocador – encontramos a instigação do crime e a obtenção de prova por meios enganosos que, além de proibida e nula, pode ser utilizada com o fim exclusivo de proceder criminalmente contra aqueles que a produziram. A sua atuação deve incluir-se nos “meios enganosos” a que se refere a al. a, n.º 2, do art. 126º do CPP.

Em Portugal, que nesta particular matéria tem sido influenciado pela experiência alemã, a doutrina e jurisprudência prevalecente consideram que a atuação do agente provocador é subsumível nos métodos proibidos de prova, *sub specie* meios enganosos al.a), n.º 2, do art. 126 do CPP.

O regime das provas proibidas cumpre uma das principais funções do processo penal, ou seja, tutelar os direitos e liberdades individuais contra os abusos do *jus puniendi* do Estado, cuja investigação criminal se apresenta como primeiro patamar dessa tutela. Neste sentido, este poder não se pode arrogar de todos os meios e métodos ao seu dispor para perseguir os infratores.

A fronteira entre o lícito (infiltrado) e ilícito (provocador) encontra-se legalmente plasmada no regime Jurídico das Ações Encobertas. É com este regime legal que o facto, ou a situação, se recorta e configura como lícito ou ilícito. A diferenciação entre (i)licitude, a respetiva delimitação e o alcance de cada um face ao outro, designadamente saber se certa situação cabe numa daquelas categorias, são questões a resolver em cada caso concreto e tendo em consideração todas as variáveis possíveis no momento em que a situação ocorreu.

Consideramos inadmissível e, por isso, reconduzível ao regime da al.a), n.º 2, do art. 126º do CPP – nulidades absolutas de prova pela utilização de meios enganosos - a intervenção do agente – provocador - que se limita a provocar uma pessoa à prática do crime, com o fim exclusivo de, como tal, o vir a perseguir penalmente. Diferente será o tratamento do agente – infiltrado – que prossiga finalidades de prevenção e investigação criminal como

⁹² Paulo Albuquerque, Comentário do Código de Processo Penal, p. 325.

meio exceccional de combate à criminalidade grave, que só é admissível nos termos estritos da lei⁹³.

5. Os novos fenómenos criminais e os meios disponíveis para a investigação criminal

O fenómeno criminal está diretamente correlacionado com as coordenadas sócio-históricas prevalectes em determinada Sociedade. Comunidades homogéneas e tradições culturais similares podem evidenciar consensos sobre determinadas condutas criminais.

As sociedades modernas, ou pós-industriais, são caracterizadas, entre outros, pelos avanços tecnológicos na área da comunicação e da informação. A sociedade da comunicação e da informação é uma sociedade aberta. A sua conceção permite aos meios de comunicação e informação adquirir um protagonismo e um poder que possibilita aptidão para retirar ao recetor a capacidade de análise e de crítica no processo de comunicação.

O protagonismo dos meios de comunicação dá lugar à criação de imagens, estereótipos sociais, condutas desviantes da criminalidade que vão refletir-se nas políticas criminais. As crises de valores e de referências éticas, sociais e políticas, reverberadas na corrupção política, terrorismo, delitos contra a saúde pública, criminalidade organizada, reclamam respostas que cumpram os fins da prevenção geral positiva.

Os avanços tecnológicos extraordinários configuram um novo tipo de Sociedade, com renovados paradigmas, que compete ao Estado ter em consideração. Se as novas tecnologias trouxeram indiscutíveis benefícios ao homem, não se pode escamotear que o seu dinamismo e regras próprias, que escapam ao controle e vontade humana, colocam um conjunto de “novos riscos” que afetam a sociedade, caso das catástrofes relacionadas com atividades perigosas, fraudes de consumidores em grande escala, perigos ambientais globais entre outros.

A nova realidade da “Sociedade de riscos” teve consequências imediatas na conceção das regras da punibilidade e na atribuição da responsabilidade. A criação legislativa de crimes de perigo vem incriminar as condutas criadoras de risco, sem esperar pela produção da lesão efetiva. Na configuração atual dos tipos penais começam a prevalecer os crimes de perigo –

⁹³ Costa Andrade, Sobre as proibições da prova em Processo Penal, p.232.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

concreto e/ou abstrato⁹⁴ – nos quais a capacidade do ser humano de conter, evitar ou minimizar os riscos da sua conduta vão motivar a imputação.

A criminalidade moderna é o reflexo da sociedade conectada, globalizada que influencia e altera os valores culturais e o *modus vivendi* mutuamente.

O modelo económico que se impôs no mundo é o da liberdade do mercado que privilegia as relações económicas e comerciais. As uniões de países que permitiram a união económica, comercial e social transformaram-se em uniões políticas que transferiram os centros de decisões dos estados soberanos para centros de decisões comunitários.

A integração económica conduz a políticas comuns em várias áreas, mas não conduz a uma comunhão de critérios em matérias criminais e ainda menos na aproximação das leis penais. As fronteiras abrem-se para o comércio, circulação de cidadãos, mas também para os delinquentes que aproveitam a nova realidade. Este novo tipo de criminalidade organizada e estruturada utiliza as possibilidades decorrentes do comércio internacional livre e as novas tecnologias para mover capitais, pessoas, veículos e todo o tipo de tráficos.

A criminalidade organizada, de estruturas similares a estruturas empresariais, inviabiliza a utilização do sistema de imputação individual sendo necessária criação de novos instrumentos jurídicos, nomeadamente através da punição penal das pessoas coletivas⁹⁵, para responder eficazmente à nova realidade criminal. O desígnio principal deve passar pela responsabilização e investigação destas organizações complexas e transnacionais.

Os métodos de investigação e sistemas processuais tradicionais, vocacionados para a criminalidade individual e criminalidade clássica, revelaram-se ineficazes perante os métodos da criminalidade organizada. As novas estruturas criadas, ou reestruturadas, muito sofisticadas e dotadas de meios logísticos e humanos adequados, forçaram a busca de novos métodos de investigação e obtenção da prova.

O crime organizado acreditou na sua imunidade face aos métodos tradicionais de investigação e, para além da complexidade e sofisticação colocada nos atos criminosos, também se dedicou a impedir a obtenção da prova. A eliminação ou intimidação de

⁹⁴ Os crimes de perigo concreto e abstrato distinguem-se porque no primeiro a realização do tipo exige a verificação, caso a caso, do perigo real; no segundo, contrariamente, dispensa-se essa constatação, por se tratar de um perigo presumido de lesão.

⁹⁵ A resistência a considerar a pessoa coletiva como centro de imputação esteve sempre muito presente no direito penal de raiz continental. A *commom law*, no caso concreto, funcionou como linha dianteira da responsabilidade das pessoas coletivas.

testemunhas, pactos de silêncio e fidelidade à organização, utilização de técnicas de interceção ou vigilância eletrónica, que permitem a identificação e localização de equipamentos tecnológicos utilizados pela investigação, utilização de idiomas estrangeiros ou dialetos que dificultam a compreensão pelos investigadores, correspondem a alguns dos métodos implementados pela criminalidade organizada.

As técnicas de investigação e produção de prova utilizadas para o crime clássico revelaram-se inadequadas e obsoletas face ao crime organizado. A nova realidade impôs a necessidade de se criar ou adaptar estratégias de investigação e produção da prova mais eficazes, na busca de um ponto de equilíbrio entre o interesse público e os direitos individuais.

A implementação transnacional do crime organizado evidenciou a necessidade urgente de uma estratégia global, envolvendo as instâncias nacionais e internacionais, com aproximação dos procedimentos penais e legislativos nas matérias diretamente relacionadas com este género de criminalidade.

Neste novo contexto assistiu-se à criação da Europol⁹⁶ e Eurojust⁹⁷, órgãos de cooperação policial e judicial de âmbito Europeu, adoção de medidas destinadas a eliminar os obstáculos causados pelo segredo bancário e pelos paraísos fiscais. No campo legislativo a nível internacional assistiu-se à criação ou atualização de legislação pelas organizações internacionais e instituições da União Europeia. No plano interno, no mesmo sentido, a elaboração ou receção de legislação relacionada com a prevenção, repressão e investigação da criminalidade organizada de carácter nacional ou internacional. Deste acervo legislativo passaram fazer parte, entre outras, a Lei 36/99, de 29 de setembro – Lei de Combate à Corrupção e Criminalidade Económica e Financeira, Lei 93/99 de 14 de julho – Proteção de Testemunhas em Processo Penal e Lei 190/2003, de 22 de agosto, que regula a aplicação de Medidas para Proteção de Testemunhas em Processo Penal, Lei 144/99, de 31 de agosto -

⁹⁶<https://www.europol.europa.eu>: A Europol é um Serviço Europeu de Polícia que iniciou a sua atividade em 1 de julho de 1999 e está situada em Haia. A sua missão consiste no tratamento e intercâmbio de informação criminal e contribuir para a aplicação das leis da União Europeia no âmbito da criminalidade organizada em especial no que concerne às organizações criminosas. Tem ainda como objetivo a eficácia e cooperação entre os Estados-membros na prevenção e investigação da criminalidade organizada de dimensão internacional.

⁹⁷<http://eurojust.europa.eu/about/background/Pages/History.aspx>: A Pro-Eurojust começou os seus trabalhos no dia 01 de março de 2001. Com os ataques do 11 de setembro 2001 a Decisão do Conselho 2002/187/JHA instituiu o Eurojust como uma unidade de coordenação judicial. O capítulo 4, art.s. 85 e 86 estabelece, no primeiro, a sua missão de “suportar e reforçar a cooperação e coordenação entre investigações e prossecução penal relativamente a crimes graves que afetem dois ou mais Estados-membros, no segundo, prevê a criação de uma Procuradoria Europeia, a partir do Eurojust.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal, Lei 5/2002, de 11 de janeiro – Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira, Lei 52/2003, de 23 de agosto – Lei Combate ao Terrorismo, Lei 65/2003, de 23 de agosto – Mandado de Detenção Europeu, Lei 25/2008, de 5 de junho – Medidas de Prevenção do Branqueamento e por último a Lei 101/2001, de 25 de agosto – Regime Jurídico das Ações Encobertas para Fins de Prevenção e Investigação Criminal.

A legislação adotada no espaço comum europeu revela forte preocupação com a criminalidade organizada, de natureza económico-financeira, branqueamento de capitais, terrorismo, cibercrime etc, colocando o enfoque principal na cooperação judiciária e policial penal internacional, bem como no fomento de um conjunto de medidas de prevenção e repressão da criminalidade organizada. A prevenção e repressão da criminalidade organizada implicaram a criação e utilização de meios e métodos investigatórios imprescindíveis e eficazes, para a este tipo de criminalidade, dos quais destacamos a Lei 144/99, Lei 65/2003, Lei 5/2002 e, por motivos óbvios, a Lei 101/2001, de 25 de agosto.

A Lei 144/99, de 31 de agosto, que já recebeu cinco alterações, tem por objeto diversas modalidades de **cooperação judiciária em matéria penal**. Para o nosso estudo releva-se o Título VI que prevê: art. 145º-A, Equipas de Investigação Criminal Conjuntas: criadas por acordo entre o Estado Português e o Estado estrangeiro quando houver necessidade de realizar investigações de especial complexidade com implicações em Portugal ou noutro Estado; art. 155º e 156º, Entrega ou transferência temporária de detido ou presos para efeitos de investigação; art. 160º, Diligências destinadas a averiguar se produtos, objetos e instrumentos do crime, alegadamente praticado, se encontram em Portugal e cumprimento das decisões, proferidas por tribunal estrangeiro, que decreta a perda de produtos do crime; art. 160º-A⁹⁸, Entregas controladas ou vigiadas: no âmbito de investigações criminais transfronteiriças; art. 160º-B⁹⁹, **Ações encobertas**: funcionários de investigação criminal

⁹⁸ A entrega controlada é um instrumento de investigação criminal que implica a não atuação do órgão de polícia criminal, em investigações transfronteiriças, com a finalidade de identificar e responsabilizar criminalmente o maior número de intervenientes. Este instrumento pode ser extremamente útil na investigação de crimes que envolvem substâncias proibidas ou perigosas, que podem ser substituídas parcialmente por outras inócuas, com o acompanhamento e controle das substâncias desde a deteção até ao destino final, permitindo identificar, responsabilizar e recolher informação sobre o *modus operandi* de organizações criminosas transnacionais ou globais.

⁹⁹ A Lei 144/99 sofreu alterações significativas introduzidas pela Lei 104/200, de 25 de agosto nas quais se inclui o artigo em referência, que foi aditado. A utilização de agentes encobertos em Portugal, no âmbito da cooperação internacional, nos termos da Lei 144/99 e da Convenção Europeia de Auxílio Judiciário Mútuo de

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

podem desenvolver ações encobertas em Portugal, com estatuto idênticos aos funcionários da investigação criminal portugueses com observância do princípio da reciprocidade; art. 160º-C, Interceção de telecomunicações: pode ser autorizada a interceção de telecomunicações realizadas em Portugal, a pedido das autoridades competentes de Estado estrangeiro, quando previsto em acordo, tratado ou convenção internacional e desde que a interceção seja admissível pela lei processual penal em caso nacional semelhante.

A Lei 65/2003 - **Mandado de Detenção Europeu** - entrou em vigor no dia 01 de janeiro de 2004 e substituiu o sistema de extradição entre os Estados-membros. Impõe a cada autoridade judiciária nacional o reconhecimento, *ipso facto*, e mediante controlos mínimos, do pedido de entrega de uma pessoa apresentado por uma autoridade judiciária de outro Estado-membro.

O mandado de detenção é uma decisão judiciária proferida por um Estado-membro com vista à detenção e entrega por outro Estado-membro de uma pessoa procurada para efeitos de: ações penais, cumprimento de uma pena ou cumprimento de uma medida de segurança privativa da liberdade. O mandado de detenção é aplicável se existir uma sentença transitada em julgado, que condene a pessoa a pena ou medida de segurança privativas de liberdade de duração não inferior a quatro meses; se a infração for punível com pena ou medida de segurança privativas de liberdade de duração máxima não inferior a um ano.

Para determinados crimes puníveis no Estado-membro da emissão, com pena privativa de liberdade de duração máxima não inferior a três anos, a entrega é suscetível **sem controlo da dupla incriminação** do facto, n.º 2, do art. 2º. O procedimento para utilização do mandado de detenção é abreviado. A autoridade de emissão comunica o mandado de detenção europeu à autoridade judiciária de execução e está prevista a colaboração e inserção no *Sistema de Informação Schengen*¹⁰⁰ (SIS) e Interpol.

29 maio 2000, decorre com estatuto idêntico ao dos funcionários de investigação criminal portuguesa e nos termos da legislação aplicável. O recurso a agentes encobertos estrangeiros em Portugal deve realizar-se de acordo com o regime legal previsto nos dois países, sob pena de ilegalidade. Ilustremos o que acabamos de dizer como seguinte exemplo: Se o funcionário estrangeiro pretende utilizar documentação fictícia, do seu país, e utilizá-la no tráfico jurídico e social, em Portugal, esta não pode ser concedida pelas entidades Portuguesas. Assim, a identidade deve ser obtida no país de origem, do pedido de colaboração, e verificar-se a sua conformidade para utilização fora desse espaço, ou seja, apurar se não existe alguma restrição à validade e utilização da documentação fora do país.

¹⁰⁰ Sistema de Informações Schengen (SIS) é um sistema de informação em larga escala contendo indicações relativas a pessoas e bens. A sua utilização está prevista pelos agentes fronteiriços, funcionários aduaneiros, autoridades emissoras de vistos e forças da ordem em todos o espaço Schengen com vista a assegurar um nível elevado de segurança. A consulta do sistema pelos serviços nacionais permite a obtenção e

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

A autoridade de execução tem o direito a manter a pessoa em detenção ou libertá-la sob certas condições. No prazo de sessenta dias, após a detenção, a autoridade judiciária de execução deve tomar uma decisão definitiva sobre a execução.

A Lei 5/2002, para a investigação da criminalidade organizada e económico-financeira, estabeleceu **medidas especiais** em matéria de derrogação do **segredo fiscal** e das **entidades financeiras**, da **perda** em favor do Estado das **vantagens do crime** e do **registo de voz e imagem** como meio de produção de prova.

As alterações legislativas são o reconhecimento de que a criminalidade organizada movimentava fluxos financeiros extraordinários aos quais não era possível aceder, porque a investigação, sistematicamente, via-se confrontada com o segredo profissional das instituições financeiras que obstaculizavam ou inviabilizavam a disponibilização da matéria solicitada. Com as normas em vigor não era possível ultrapassar convenientemente estas situações.

A acumulação de riqueza resultante da atividade criminosa permanecia intocável, apesar da condenação criminal, podendo o condenado conservar, no todo ou em parte, os proventos acumulados. Na atual lei, em caso de condenação por um dos crimes previstos no art. 1º, efetuada **avaliação entre o património e os rendimentos lícitos do arguido, o valor do património ilícito é declarado perdido a favor do Estado**¹⁰¹. Esta possibilidade é comum no direito comparado, caso de França, Itália, Irlanda e Reino Unido.

A dificuldade de provar a licitude dos rendimentos obtidos em período remoto levou a que se estabelecesse que a prova de licitude dos rendimentos pode ser substituída pela prova

permuta de informação para utilização imediata, v.g. dados sobre pessoas procuradas para efeitos de detenção ou extradição, pessoas desaparecidas ou que devam ser colocadas sob proteção, pessoas procuradas pelas autoridades judiciais no âmbito de um processo penal, pessoas sujeitas a vigilâncias discreta ou controlo específico, o nome do proprietário de objetos roubados, no âmbito de um processo penal, condutor e ocupantes de veículo sob vigilância, em casos específicos.

¹⁰¹Ao prescrever no art. 7º, da Lei 5/2002, a perda de bens a favor do Estado partindo da presunção que “constituiu vantagem criminosa a diferença entre o património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito”, o legislador nacional optou pela inversão do ónus da prova na investigação da criminalidade grave e económico-financeira. A presunção estabelecida faz com que a acusação seja dispensada de provar a origem ilícita dos bens, bastando a demonstração da realidade que serve como base à presunção, tendo por sua vez o visado o ónus de provar o contrário para que esta não funcione. A base da presunção, neste caso, está na condenação por um dos crimes do catálogo e na existência de um património, património este que é incompatível com os rendimentos lícitos do condenado. A partir daqui infere-se que o património incongruente é de origem ilícita.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

de que se trata de rendimentos na sua titularidade há pelo menos cinco anos no momento da constituição como arguido¹⁰².

O recurso ao **registo de voz e de imagem**¹⁰³, neste tipo de criminalidade, coloca um conflito prático entre valores – os valores próprios dos direitos ou entre esses e valores comunitários – no contexto do sistema constitucional¹⁰⁴. O art. 26º, n.º 1, da CRP elege entre outros direitos pessoais o direito à palavra e à imagem. A utilização do registo de voz e imagem coloca a delimitação do âmbito de proteção constitucional e o problema da restrição do conteúdo do direito, operada através de uma intervenção normativa abstrata do legislador ordinário, para salvaguarda de outros valores constitucionais, nos termos autorizados e nos casos previstos pela constituição, isto é, a questão das leis restritivas de direitos fundamentais.

Perante o conflito ou colisão de direitos, o legislador declarou que, no caso dos crimes previstos neste diploma, a superioridade do bem jurídico administração da justiça se impunha à proteção dos direitos pessoais à imagem e à palavra.

A Lei 101/2001, de 25 de agosto, Regime Jurídico das Ações Encobertas para Fins de Prevenção e Investigação Criminal, é um mecanismo imprescindível na investigação criminal da criminalidade grave e organizada. A sua utilização permite, *prima facie*, atuar de maneira a impedir crimes ou reunir provas, muito difíceis ou impossíveis de obter de outra forma, para se obter a condenação dos criminosos e, sobretudo, desarticular organizações criminosas de carácter nacional ou transnacional.

¹⁰² Artigo 7.º (**Perda de bens**)

1 — Em caso de condenação pela prática de crime referido no artigo 1.º, e para efeitos de perda de bens a favor do Estado, presume-se constituir vantagem de atividade criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito.

2 — Para efeitos deste diploma, entende-se por património do arguido o conjunto dos bens:

- a) Que estejam na titularidade do arguido, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício, à data da constituição como arguido ou posteriormente;
- b) Transferidos para terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, nos cinco anos anteriores à constituição como arguido;
- c) Recebidos pelo arguido nos cinco anos anteriores à constituição como arguido, ainda que não se consiga determinar o seu destino.

¹⁰³ Artigo 6.º (**Registo de voz e de imagem**)

1 — É admissível, quando necessário para a investigação de crimes referidos no artigo 1.º, o registo de voz e de imagem, por qualquer meio, sem consentimento do visado.

2 — A produção destes registos depende de prévia autorização ou ordem do juiz, consoante os casos.

3 — São aplicáveis aos registos obtidos, com as necessárias adaptações, as formalidades previstas no artigo 188.º do Código de Processo Penal.

¹⁰⁴ Vieira de Andrade, Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, p.284.

A caracterização dos novos fenómenos criminais e dos meios disponíveis para a investigação, permite constatar que a repressão e investigação da criminalidade organizada envolve, necessariamente, uma abordagem de âmbito nacional e transnacional.

Não partilhamos a visão de *Günther Jakobs*¹⁰⁵ de que aquele que comete o crime e organiza permanentemente a sua ação de modo hostil ao Direito perde a qualidade de pessoa e adquire o **estatuto de inimigo** do Direito e do Estado. Os Estados e a comunidade internacional, designadamente algumas instituições supranacionais, devem pautar a sua intervenção exclusivamente em consonância com a lei e com o sentido de que a previsão legal se louve nos critérios de necessidade, adequação e proporcionalidade, sem limitação do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais, face ao poder vinculado do legislador para restringir o exercício de direitos fundamentais.

O Estado de direito democrático não necessita nem deve ceder à lógica do inimigo no difícil combate ao crime organizado, deve manter-se fiel ao seu ideário estribando as medidas severas contra o crime organizado num equilíbrio reflexivo entre garantias e eficácia¹⁰⁶.

Síntese Intercalar

O agente encoberto revelou-se em França, concretamente em Paris, no séc. XIX, no âmbito da investigação policial desenvolvida pelas autoridades locais. A sua utilização começou por evidenciar o lado positivo – eficácia no combate à criminalidade na área de Paris – e acabou por destapar o lado negativo – designadamente a provocação – daí a origem da figura do *agent provocateur*.

A Inglaterra e os Estados Unidos também recorreram a esta figura, os primeiros através dos “*commom informers*” e “*thief takers*”, os segundos, no início, com utilização de detetives privados e posteriormente com criação da figura *undercover*. A análise sumária da figura impõe registar que enquanto na França o sistema policial é centralizado e na

¹⁰⁵ Silva Dias, Que Futuro Para o Direito Processual Penal, p.p. 690, Simpósio em Homenagem a Jorge Figueiredo Dias, na Escola de Direito da Universidade do Minho

¹⁰⁶ Silva Dias, Que Futuro Para o Direito Processual Penal, op. cit. p.p. 708.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

dependência de duas entidades, Ministério da Defesa e Ministério do Interior¹⁰⁷, em Inglaterra e nos Estados Unidos o sistema policial é descentralizado dependendo das regiões administrativas ou estaduais em que está sediado, que possuem autonomia na alocação dos meios necessários. Este sistema, descentralizado, não impediu a criação de forças policiais nacionais, do género do Special Branch (Inglaterra) ou FBI (Estados Unidos) com competência nacional e exclusiva para a investigação da criminalidade organizada, que, para o efeito, recorrem regularmente à ação encoberta durante a investigação criminal.

As ações encobertas começaram a manifestar-se numa época de significativas convulsões sociais e políticas mundiais – Revolução Americana e Francesa – que concorre com o movimento das ideias, do séc. XVIII, proclamado pelo Iluminismo. Período fértil na proclamação e universalização de Direitos do Homem e do Cidadão que coloca definitivamente a pessoa humana como fim, porque ela está acima de tudo. A influência destas ideias em Portugal é reconhecida e os seus valores e ideais começaram a revelar-se na legislação criminal da época, nomeadamente pelo reconhecimento, embora de forma ainda incipiente, dos limites e garantias do processo criminal.

A concretização e proclamação das novas ideias são contemporâneas do nascimento da era industrial, da exploração de recursos e da transformação dos padrões comportamentais criminosos. O crime e a sua expansão, os novos rótulos – *blue collar crime e white collar crime* – a definição e sustentação de estratégias de investigação de âmbito nacional e transnacional.

O agente encoberto amiúde é colocado numa constelação de figuras absolutamente distintas, formal e materialmente, do seu estatuto jurídico-penal. Revela-se, assim, pertinente efetuar a caracterização e distinção de figuras afins: informador, colaborador e arrependido.

O informador, aquele que voluntariamente de forma episódica ou regular presta informação policial, em princípio, sem contrapartidas de qualquer género. A sua utilização,

¹⁰⁷C. Fijnaut e J.C.F e G.T. Marx ” Undercover: Police Surveillance in Comparative Perspective, p. 30-39. A organização policial Francesa depende do Ministério da Defesa – Gendarmérie Nationale – e Ministério do Interior - Police Nationale - . A Police Nationale está dividida em quatro corpos – Police Urbaine, Compagnies Républicaines de Sécurité, Polícia de Estado que inclui a Renseignements Généraux (RG) e a Direction de la Sûreté du Territoire (DST) e a Police Judiciaire. Esta corresponde ao “braço civil” da polícia e é caracterizada por investigar crimes definidos por lei (menos e mais graves), atuar nos termos do CPP e possuiu um sistema duplo de controlo, primeiro pela hierarquia interna e segundo pelos tribunais.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

devidamente regulamentada, em Inglaterra e nos Estados Unidos, bem como a separação dos diversos géneros, pressupostos e requisitos associados a cada uma delas.

O colaborador, figura jurídica prevista na legislação nacional no âmbito da criminalidade organizada ou altamente organizada. A sua intervenção na fase *ex-ante* ou *ex-post* da investigação e a possibilidade de atenuação ou dispensa da pena, caso afaste ou diminua o perigo produzido pela conduta, impedir ou se esforçar seriamente por impedir o resultado ou auxiliar concretamente as autoridades na recolha de provas decisivas para a identificação ou captura de outros responsáveis. A figura do colaborador está explicitamente vinculada ao “estatuto” de arguido, já que esta qualidade não pode ser excluída pela prestação de colaboração.

A figura do arrependido é reconhecida legalmente por diversos países, distintamente do que ocorre na legislação nacional. A sua origem e desenvolvimento legal e jurisprudencial está conexamente relacionada com a investigação e julgamento de crimes de terrorismo ou criminalidade organizada. Caracteriza-se pela isenção da pena, preenchidos os pressupostos e requisitos referidos para o colaborador, e, também, pela possibilidade de aquisição, pelo arrependido, de nova personalidade jurídica. Foi utilizada em vários países Europeus, na década de 70-80 do séc. XX, no decurso de processos relacionados com terrorismo urbano e criminalidade organizada, designadamente Máfia Italiana.

Os Estados Unidos foram precursores na sua criação e desenvolvimento existindo programas específicos para a sua aplicação como o *Witness Security Program – WITSEC*- na dependência do *Department of Justice*, entidade responsável pela identidade e documentação necessária da nova pessoa jurídica. Peculiar é o facto do programa ser extensível a familiares ou pessoas muito próximas da testemunha que possam sofrer intimidações. Uma chamada de atenção para o instituto da *plea bargaining* e do modelo processual, nos Estados Unidos, onde prevalece o princípio da oportunidade (*commom law*), por oposição ao princípio da legalidade prevalecente na *civil law*. O primeiro modelo é, claramente, mais permeável e compensatório na utilização deste género de figura processual.

Em Portugal o arrependido foi utilizado, exclusivamente, na investigação e julgamento das Fp’s 25 de Abril no final da década de 90, embora não estivesse previsto na legislação nacional, pois, como na atualidade, a legislação apenas previa o colaborador.

A Lei 101/2001, de 25 de agosto e a discussão na generalidade e especialidade foi fundamental para a fixação dos limites do permitido em termos de Estado de Direito.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

Definidos os limites do permitido passaram a estar expressamente consignados os princípios fundamentais para a aprovação do agente infiltrado e reprovação do provocador, com a devida e necessária fronteira legalmente plasmada no novo regime jurídico.

A contemporaneidade e os desafios da sociedade democrática, aberta e do risco perante a nova criminalidade organizada e transnacional, revelaram a ineficácia ou desajustamento dos meios os legais nacionais e internacionais considerados adequados e necessários para a investigação e prossecução penal eficaz das organizações. O reconhecimento da incapacidade para combater eficazmente a nova realidade impôs um esforço conjunto Europeu, mas não só, no combate ao crime organizado, consubstanciado na criação e interligação de estruturas judiciárias e policiais que permitem uma resposta preventiva e repressiva ao denominado “*underground empire*”¹⁰⁸.

Portugal inserido num espaço comum europeu de liberdade e segurança não pode ficar alheio aos novos instrumentos que se prefiguravam nas instâncias internacionais. O reflexo natural dos novos desafios foi a necessidade de adotar medidas legais adequadas, em matéria de investigação e prevenção da criminalidade organizada, nas quais se inclui a legislação referente à ação encoberta, presumivelmente o meio mais eficaz para combater este género de criminalidade.

¹⁰⁸ Anabela Miranda, II Congresso de Processo Penal, Coordenação de Manuel Valente p. 23. Segundo a autora *underground empire* corresponde ao conceito apresentado por J.M. Martin et al na sua obra *International crime patterns: challenges to traditional criminological theory and research*” no qual revela que no tráfico de drogas revelou-se um *underground empire*, com forte base política multinacional. Na sua caracterização refere os vastos lucros e violência, atores organizados em rede ou sistemas, divisão de trabalho, complexo de atitudes, valores e normas de comportamento, sistemas de produção e distribuição com objetivos nacionais e internacionais, vias de branqueamento de vastos montantes de capitais, relações com os governos de diversos países que de uma forma ou de outra se encontram ligados e são beneficiários do tráfico de drogas.

Capítulo II

Evolução Jurídica da Figura do Agente Encoberto

Introdução

As alterações dos padrões criminosos e a definição de políticas criminais adequadas à realidade contemporânea conduziram ao reforço e desenvolvimento dos métodos de atuação do agente encoberto. As mudanças no comportamento criminal, exigências da comunidade, definição de objetivos da política criminal, sucessão de alterações legislativas e judiciais e as alterações e evoluções de índole tecnológica, estimularam o desenvolvimento da utilização das ações encobertas.

Perante a ultrapassagem e inadequação do sistema de justiça para reagir às alterações do tradicional crime da rua e de autoria singular para um crime sofisticado e organizado, que parecia enraizado e se disseminava para novas áreas, os métodos das ações encobertas revelaram-se dos mais aptos para superar estas dificuldades e obter resultados.

Não se tratava apenas, recorrendo ao provérbio anglo-saxónico, de *“take a thief to catch a thief”*¹⁰⁹, a nova realidade evidenciava que a questão se colocava com uma nova formulação *“take an organization to catch an organization”*. Se o crime se revelava mais organizado, tortuoso e complexo, o sistema de justiça tinha, obrigatoriamente, de acompanhar esta evolução para poder combatê-la eficazmente.

O reconhecimento da gravidade do problema e a necessidade de se obter uma resposta baseada numa vontade política universal no mundo global onde o crime não conhece fronteiras, impeliu as Nações Unidas a organizar a Convenção Contra o Crime Organizado e Transnacional, em Itália, Palermo, no ano de 2000. Foi no contexto da cooperação e prevenção eficiente ao combate do crime organizado transnacional que a Convenção solicitou a adoção de medidas legislativas e operacionais apropriadas – assistência mútua legal,

¹⁰⁹ Apenas um criminoso sabe como o criminoso pensa e age.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

técnicas de investigação especiais – como técnicas de vigilância eletrónica ou outras formas de vigilância, entregas controladas e operações com ações encobertas¹¹⁰.

Identificado o problema e a sua dimensão seguiu-se a fase da criação e desenvolvimento dos instrumentos jurídicos necessários e adequados. A sua implementação constitui um revigorado impulso na busca da eficácia e permitiu responder à ameaça crescente que hoje representa a criminalidade organizada.

A ameaça transversal da criminalidade organizada nos diversos sistemas jurídico, em especial no paradigma europeu continental (*civil law*) e anglo-saxónico (*commom law*), mereceram abordagem e tratamento distinto na resolução dos problemas criados. Contudo, as aporias reveladas serviram, lenta e progressivamente, para uma aproximação no campo substantivo e adjetivo na conceção e utilização da ação encoberta.

Portugal não ficou imune à influência dos instrumentos jurídicos internacionais desenvolvidos e utilizados para a investigação do tráfico de estupefacientes, da corrupção e criminalidade económico financeira, que serviram de ensaio preparatório para a atual lei. Efetivamente, as primeiras legislações onde, de forma incipiente e sem controlo judicial efetivo, surgiu a figura do agente encoberto permitiram compreender que a nova realidade criminal só podia ser combatida eficazmente com este novo instrumento investigatório.

O capítulo segundo vai concluir-se com a análise e confronto da doutrina e jurisprudência, nacional e internacional, na qual prevalece um conjunto de opiniões e decisões consideradas mais-valias na questão jurídica normativa que envolve a ação encoberta quando aplicada a casos concretos. Nesta projeção vamos verificar a opinião de ilustres doutrinadores e decisões jurisprudenciais, nacionais e internacionais, que se revelaram decisivas no desenvolvimento e reconhecimento da figura do agente encoberto e das questões nucleares que continua a colocar.

¹¹⁰<http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CTOC/index.htm>: Consultar o texto a Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado e Protocolos Anexos.

1. O Agente Encoberto Contemporâneo

Não sendo possível obter um registo do nascimento da criminalidade organizada, podemos avançar que, apesar das variações de comportamentos nos diversos países, a raiz histórica remonta ao século XVI e seguintes com o despontar das primeiras referências à Máfia Italiana, Yakuza Japonesa e Tríades Chinesas.

Se bem que de início estes grupos estejam associados à proteção das populações contra as arbitrariedades do poder instituído e dos poderosos, a partir da segunda metade do século XX, sob o impulso da internacionalização e globalização, verifica-se uma transformação radical nas estruturas criminosas. A simples associação vai ser redesenhada com sentido estrutural, quer como conjunto de pessoas estruturadas hierarquicamente, quer na forma de empresa, isto é, na forma estrita de organização criminosa¹¹¹.

No caso do terrorismo, considerado como uma vertente da criminalidade organizada enquanto fenómeno criminoso inserido num contexto político e ideológico, as primeiras referências remontam ao final do século XIX quando militantes anarquistas Franceses concretizaram um atentado violento contra Napoleão III. Este episódio resultou numa crise institucional entre a França e a Bélgica, país onde o autor do atentado se refugiou, por esta se recusar a proceder à extradição solicitada pelo Estado Francês¹¹².

O desenvolvimento da criminalidade organizada nacional e internacional e a complexidade associada à investigação e recolha de prova, que se começou a manifestar em meados do século passado, implicou a adoção de medidas legislativas adequadas à nova realidade criminosa.

Neste contexto diversos países optaram pela criação de regimes jurídicos reguladores das ações encobertas, eles próprios fruto de concepções diversas da sociedade e da sua visão, liberal ou conservadora, na abordagem desta temática. Enquanto para alguns a intervenção do agente infiltrado é do domínio público¹¹³, para outros o tema é matéria reservada e só pode ser revelado por ordem judicial, caso do sistema Português¹¹⁴.

¹¹¹Silva Sanchez, *La Expansion Del Derecho Penal*, p. 87.

¹¹²Carolina Lisboa, *A relação extradiocional no direito brasileiro*, p. 174.

¹¹³Isabel Oneto, *O Agente Infiltrado*, p. 95.

¹¹⁴A afirmação de que a ação encoberta é do domínio público – no Reino Unido, um código de conduta é distribuído aos cidadãos – não significa, necessariamente, publicidade deste meio de investigação. Na realidade, em Inglaterra como sucede em Portugal, a ação encoberta está sujeita ao segredo externo e interno de

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

No início da década de 70, do séc. XX, diversos países Europeus começaram a desenvolver regimes jurídicos com o objetivo de institucionalizar e regular a utilização de agentes infiltrados na investigação de tráfico de droga. O interesse das polícias europeias na utilização de agentes infiltrados teve como *leitmotiv* os contactos profissionais desenvolvidos com agentes da DEA, colocados no espaço europeu, no âmbito da cooperação policial ou decorrente de investigações criminais conjuntas.

Um dos primeiros países europeus a solicitar a colaboração policial Americana foi a Holanda, no início dos anos 70, devido à incapacidade para investigar o crescimento imparável do tráfico de heroína, dominado pela comunidade Chinesa, em Roterdão. A utilização de agentes infiltrados pela polícia e a vontade dos tribunais em legitimar o seu recurso conduziu à chamada “*Doutrina Tallon*”.

O Hoge Raad – Supremo Tribunal Holandês – considerou que, no caso concreto, o agente infiltrado não esteve na origem do projeto criminoso, pelo contrário, o suspeito já estava predisposto a executá-lo, pelo que, o agente encoberto não contribuiu para a decisão já existente¹¹⁵. Em 1985 o ministro da Justiça Holandês autorizou formalmente o uso de agentes encobertos e rapidamente as forças policiais adotaram este método investigatório.

Além da Holanda, diversos países Europeus, nomeadamente Alemanha, França, Espanha, começaram a utilizar este novo método de investigação, preferencialmente na investigação do tráfico de droga, e a desenvolver regimes jurídicos-processuais consubstanciados, essencialmente, nas seguintes **soluções normativas**:

- Meio ou técnica de investigação excecional (princípio da subsidiariedade);
- Intervenção da autoridade judiciária, MP ou Juiz, para autorização e controlo jurisdicional posterior;
- Utilização exclusiva na criminalidade organizada ou grave;
- Isenção da responsabilidade penal do agente infiltrado pela prática de crimes em França, Espanha e Holanda preenchidos determinados requisitos legais. Na Alemanha não

justiça e a exclusão só se verifica por decisão da autoridade judiciária se for considerada absolutamente indispensável em termos probatórios.

¹¹⁵ Bruce Tallon era um cidadão Americano envolvido no tráfico de droga. A DEA infiltrou um agente encoberto junto de Tallon e principou uma investigação nos Estados Unidos que terminou na Holanda com várias detenções. Esta decisão do Tribunal Superior, em 1979, adotou os princípios da doutrina Americana relativamente ao modelo subjetivo da entrapment defense.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

está prevista a isenção da responsabilidade, mas o agente encoberto pode invocar causa de justificação ou exclusão da culpa.

O regime legal aplicado nestes quatro países, em tudo idêntico ao adotado na legislação nacional, pode ser considerado como a *Magna Charta* criada pelos países da família da *civil law* no tratamento legal concedido ao agente encoberto.

No domínio da *commom law* as soluções normativas foram fixadas pelo órgão legislativo e pela criação de normas jurídicas gerais, sob a forma de decisões com força de precedentes.

Em **Inglaterra** o regime da ação encoberta encontra-se previsto no RIPA 2000 que regula a interceção de comunicações, vigilância intrusiva e o uso de *covert human intelligence sources* em conformidade com a lei. Nos termos do *Regulation of Investigatory Powers Act 2000* esta matéria está disposta na Parte II sob a epígrafe *Surveillance and covert human intelligence sources*, nas secções 26, 29 e 30.

A publicação do RIPA resulta do embaraço criado por algumas decisões do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos contra o Reino Unido – *Malone vs United Kingdom, 1985* - ao considerar que a obtenção de informação por meios secretos (aparelhos de escuta, interceção de comunicações, e uso de informadores) não estava devidamente legislada neste país¹¹⁶. A legislação, entretanto, implementada dispõe que a **ação encoberta** desenvolve-se no âmbito da *Covert Human Intelligence Source*¹¹⁷.

A autorização é concedida no interesse da segurança nacional, para prevenção e deteção de crimes, no interesse do bem-estar económico, pela segurança pública, pela saúde pública, no âmbito dos deveres fiscais ou por ordem do Secretário de Estado que delega nas autoridades oficiais competência para o efeito, cfr. RIPA s. 29(3, 7 A)¹¹⁸. A permissão para

¹¹⁶http://sixthformlaw.info/06_misc/cases/malone_v_uk.htm: O THDH considerou que a interceção efetuada, ao telefone de James Malone, pelos Correios, em nome da polícia sob a autoridade de um mandado emitido pelo Ministério do Interior, violava o direito da vida privada e da sua correspondência. Embora legal em termos de direito interno, o Tribunal considerou que a sua utilização “não estava de acordo com a lei” na aceção do nº 2 art. 8º. Porém, segundo o Tribunal, acima da conformidade com o direito interno, também se exige que a própria legislação nacional seja compatível com o Estado de Direito. Isso implica, portanto, que deve haver uma medida de proteção legal no direito interno contra interferências arbitrárias por parte das autoridades públicas com os direitos salvaguardados pelo parágrafo. Acedido em junho 2013.

¹¹⁷ O RIPA está sujeito ao controlo e fiscalização da Interception of Communications Commissioner e do Investigatory Powers Tribunal encarregue de decidir os abusos praticados durante a investigação.

¹¹⁸<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/23/section/29>. Acedido em junho 2013.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

intervenção é concedida pela autoridade oficial¹¹⁹, por escrito, e deve incluir vários requisitos, v. g. obedecer aos princípios da necessidade e proporcionalidade, especificar o tipo de crimes, o tipo de atos desenvolvidos pela fonte, potenciais danos colaterais¹²⁰. A figura do juiz de instrução não existe no sistema processual inglês. Até 1985 a polícia possuía uma intervenção dominante no inquérito¹²¹ enquanto entidade que acumulava as funções de recolha de todos os elementos de prova para o processo com a responsabilidade de dedução da acusação. Só a partir desta data é que foi criado - *Crow Prosecution Service* (CPS) - um departamento governamental que, desde então, assumiu maiores responsabilidades na acusação porque passou a rever as provas, analisar a acusação formulada pela polícia e a decidir da submissão do processo à apreciação do tribunal.

Nos **Estados Unidos**, o FBI começou a utilizar agentes encobertos, em 1972, após a morte do diretor *J. Edgar Hoover's*. Desde a década de 70 que as ações encobertas, conduzidas pelo FBI e outras agências governamentais, nomeadamente *DEA* (*Drug Enforcement Agency*) ou *ATF* (*Alcohol, Tobacco and Firearms*), apresentam um incremento exponencial, quer no número de autorizações, quer nos custos que representam.

A expansão quantitativa permitiu simultaneamente a evolução qualitativa na seleção de pessoas e organizações que estavam, por princípio, excluídas deste género de intervenção. As ações encobertas tradicionalmente consideradas para serem utilizadas na investigação de tráfico de droga ou roubos, crimes caracterizados por serem praticados por pessoas de baixo estatuto, começaram a ser substituídas por ações direcionadas para novos alvos de alto estatuto, caso do *white collar crime*.

Desenvolveram-se investigações em novas áreas como a espionagem industrial/informática internacional, em Silicon Valley, ou a investigação *Abscam*¹²², no início um simples caso de crimes patrimoniais (roubo), que terminou com um escândalo de

¹¹⁹ As autoridades públicas que podem permitir o recurso a estes meios são as constantes da Schedule 1 do RIPA.

¹²⁰ Tim Newburn, Tom Williamson e Alan Wright, *Handbook of Criminal Investigation*, p. 426-449.

¹²¹ O PACE (*Police and Criminal Evidence Act*) constitui um conjunto de *guidelines* de controlo da polícia e agências de investigação quando contactam com suspeitos no decurso de detenções, interrogatórios, obtenção de amostras forenses para exame. Resulta ainda no documento onde estão definidos os poderes da investigação e a garantia dos direitos do suspeito.

¹²² A operação *Abscam* foi montada pelo FBI, em 1978, com o objetivo de deter suspeitos da venda de arte falsa e crimes patrimoniais. Posteriormente esta intervenção foi deslocada do objetivo inicial e fixou-se em uma operação anticorrupção que envolveu vários políticos norte-americanos. No final a investigação foi fortemente criticada a intervenção do FBI e a falta de coordenação com o departamento da Justiça. Este caso serviu para o Attorney General fixar, pela primeira vez, as *Guidelines* na utilização de agentes encobertos.

corrupção envolvendo vários políticos nacionais. Neste caso a utilização da ação encoberta veio *a final* a revelar-se um caso de *entrapment* provocado por terceiro, sob orientação policial¹²³. A Comissão do Senado concluiu que os efeitos práticos da ação foi permitir que o FBI, com falsas identidades, estabelecesse empresas fictícias para identificar e desenvolver atividades criminais pelo país, que conseguiram envolver diversas figuras políticas e titulares de cargos públicos numa teia de corrupção que conduziu à detenção ou resignação dos envolvidos.

Em Portugal a figura do agente encoberto ou infiltrado foi criada e regulamentada pela Lei 101/200, de 25 de agosto, reconhecida pelo Regime Jurídico das Ações Encobertas para Fins de Prevenção e Investigação Criminal.

A sua criação insere-se no desenvolvimento da política criminal no ordenamento jurídico-constitucional nacional e corresponde a uma maior necessidade na eficácia da prevenção e investigação criminal, um alargamento do âmbito da sua aplicação e a criação de um regime jurídico que contemple a atuação das ações encobertas, justificações que sobressaem da exposição de motivos da proposta de lei apresentada à Assembleia da República¹²⁴.

Perante os novos desafios que vem sendo revelados pela criminalidade organizada e complexa, e face às frequentes críticas da doutrina e jurisprudência sobre determinados métodos de investigação até então utilizados, o Governo tomou a iniciativa de apresentar à Assembleia da República uma proposta legislativa específica sobre esta temática.

Na execução sobressai a relação de equilíbrio entre o conciliar medidas de eficácia à criminalidade, maior celeridade da justiça penal e da investigação criminal sempre conformadas com o indispensável respeito das garantias da sociedade democrática que se revelaram critérios fundamentais na concretização da nova Lei.

O paradigma da investigação sem regras, ou pelo menos pouco claras, levada a cabo pelas instituições formais ou por privados, foi excluído e criado um sistema de *checks and balances* que contribuirá decisivamente para uma proteção global e completa do direito de defesa e pode permitir atenuar a desigualdade de armas que possa ocorrer durante a utilização da ação encoberta.

¹²³Gary T. Marx, Undercover Police Surveillance in America, p. 9.

¹²⁴Fernando Gonçalves et al, O novo regime jurídico do agente infiltrado, p. 16.

A legislação nacional aprovada em 2001 reflete as **opções axiológicas** prevalentes na Europa, nomeadamente entre os Estados-membros da União Europeia, partindo, desde logo, do princípio geral que estas atuações estão sempre sujeitas aos princípios da **necessidade e proporcionalidade e supervisão jurisdicional** traduzida quer na necessidade de autorização prévia do magistrado quer no controlo jurisdicional *a posteriori*.

2. A FIGURA NOS DIVERSOS SISTEMAS JURÍDICOS

O recurso à utilização de agentes encobertos é reconhecidamente um dos instrumentos legais mais eficazes para fazer face à criminalidade organizada.

A complexidade e a delicadeza das matérias envolvidas durante a produção legislativa, devido à componente restritiva de direitos, liberdades e garantias que pode desencadear no visado, determinam que os critérios e limites legais fixados por um Estado possam ser substancialmente distintos das opções adotadas por outro.

A comunidade internacional, reconhecendo a delicadeza da questão, apesar de identificar algumas diretrizes na matéria, pauta a sua intervenção pelo respeito das opções de cada Estado na regulamentação a ser adotada. Prevalece, contudo, um quadro axiológico referencial no qual as gerações atuais são, necessariamente, impelidas a lograr um consenso genérico que será transposto e conformado com a legislação e os princípios estruturantes do sistema legal do respetivo país. Neste sentido, a evolução da dogmática penal terá de providenciar ao aplicador critérios e instrumentos legais contemporâneos, para substituição dos instrumentos arcaicos, aptos a resolver os problemas do século XXI, sem ceder à tentação de envolver-se com medidas que coloquem em causa o essencial do Estado de Direito.

Em **Espanha** a figura do agente encoberto está prevista na Ley Orgánica 5/1999 que implicou o aditamento, no Título III Livro II da Lei, do art. 282º bis da Ley de Enjuiciamiento Criminal¹²⁵. Esta norma, no artigo segundo, dispõe a matriz normativa da ação encoberta no ordenamento jurídico Espanhol, a partir da qual é possível verificar o efeito mimético que transmitiu à legislação aprovada em Portugal no ano de 2001.

¹²⁵http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lecr.l2t3.html#a282b.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

Na nova lei, o agente encoberto é autorizado pelo Ministerio Fiscal (MP) ou, existindo procedimento aberto, pelo Juiz de Instrução competente. Apenas os elementos que integram os corpos e forças de segurança podem atuar na qualidade de agente encoberto¹²⁶.

A utilização da ação encoberta é restringida à investigação da criminalidade organizada¹²⁷, consignada no nº 4 do artigo segundo, que prevê a associação de três ou mais pessoas para realizar, de forma permanente e reiterada, entre outros, os delitos de: tráfico ilícito de órgãos humanos e transplante dos mesmos; contra o património e contra a ordem socioeconómica; tráfico material nuclear e radioativo; delitos contra a saúde pública – que incluiu o tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas - ; tráfico de armas e munições e contrafação de moeda e cartões de crédito ou débito.

A intervenção do agente encoberto será sempre objeto de uma resolução fundada – princípio da subsidiariedade - e tendo em conta a sua necessidade e os fins da investigação.

A identidade fictícia é autorizada e pode ser concedida pelo prazo de seis meses, prorrogados por igual período de duração, permitindo a sua intervenção no tráfico jurídico e social a coberto da mesma. A prestação de depoimento, em fase de julgamento, decorre sob esta identidade, de acordo com a Ley Orgánica 19/1994, de 23 de dezembro¹²⁸.

A responsabilidade penal do agente infiltrado está excluída quando as atuações sejam consequência necessária do desenrolar da investigação, sempre que exista a devida proporcionalidade com a finalidade da mesma e não constituam uma provocação do delito.

Em **França** a legislação sobre a figura do agente infiltrado foi introduzida na sequência de uma intervenção dos funcionários alfandegários de Lyon durante uma investigação de tráfico de estupefacientes¹²⁹. A intervenção foi considerada ilegal e provocatória obrigando o legislador Francês a produzir uma amnistia, em 1991, que impediu a prossecução penal dos funcionários, com eventual responsabilização penal, e determinou o desenvolvimento do procedimento legislativo.

A L. 627-7, §2, do CSP (Código de Saúde Pública de 20.12.91) e o art. 67bis do Código Aduaneiro (Lei nº 91-1264 de 19.12.91) consagraram legalmente a não responsabilização penal dos agentes aduaneiros que no decurso de apreensões, após informar

¹²⁶ Garcia, Maria Dolores Delgado, El Agente Encubierto: Técnicas de Investigación, Problemática e Legislación Comparada” in La Criminalidad Organizada ante la Justicia, Madrid p. 70-71.

¹²⁷ http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lecr.12t3.html#a282b.

¹²⁸ Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales.

¹²⁹ Isabel Oneto, O Agente Infiltrado, p. 101.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

o MP, efetuem vigilâncias ou controle de substâncias ou plantas consideradas estupefaciente¹³⁰.

O decreto nº 2004/1026, de 29 de setembro de 2004, criou, no seio da Direção Central da Polícia Judiciária, um serviço de assistência técnica (SIAT¹³¹) composto por funcionários da polícia, militares da gendarmerie e agentes das alfândegas. Este serviço foi encarregue da formação de agentes infiltrados, assistência técnica para as operações de infiltração definidas pelo artigo 706-81 do código de procedimento penal e art. 67 bis-II do código das alfândegas.

O art. 706-81, criado pela Lei 2004/204, de 9 de março, prevê que, durante o inquérito, o Procurador da República ou, após notificação (promoção), o Juiz de Instrução autorize, sob controlo respetivo, a operação de infiltração.

A infiltração, de um oficial ou agente da polícia judiciária sob a direção de um oficial de polícia judiciária responsável pela infiltração, consiste em vigiar as pessoas suspeitas de um crime e, junto destas, fazer-se passar como autor, cúmplice ou recetor. O oficial ou agente da polícia judiciária pode utilizar uma identidade falsa para cometer os atos mencionados no art. 706-82. Estes consistem em, entre outros, deter, transportar, entregar substâncias, bens ou produtos, documentos e informações relacionadas com a comissão das infrações.

Sob pena de nulidade, os atos praticados pelo agente encoberto não podem constituir uma incitação ao cometimento do crime.

A utilização deste método de investigação¹³² está prevista para os crimes constantes do art. 706-73 do Código de Processo Penal¹³³ que inclui, entre outros, crimes relacionados com a criminalidade organizada -tráfico de estupefacientes, tráfico de seres humanos, terrorismo, delitos em matéria de armas e produtos explosivos, branqueamento de capitais etc.

Na **Alemanha** as ações encobertas estão previstas, desde 22 de setembro de 1992, na sequência da aprovação do OrgK – Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels

¹³⁰<http://www.legifrance.gouv.fr/> consultado em junho 2013.

¹³¹<http://www.police-nationale.interieur.gouv.fr/> O SIAT – Service interministeriel d'assistance technique – é responsável pelas operações de infiltração de grupos criminosos e apoio dos serviços policiais e alfandegários. Garante ainda suporte tecnológico na captação de som e imagens de acordo com as disposições legais, na fase de inquérito.

¹³² A Lei 2004-204, de 9 de março, consolidada em 12 março de 2010, aprovada pelo Parlamento Francês, apresenta um conjunto de disposições relativas à luta contra as novas formas de delinquência e criminalidade. O Capítulo 1 integra a luta contra a delinquência e criminalidade organizada e a Secção 1 contém as disposições relativas ao procedimento particular aplicável à delinquência e criminalidade organizada e estão inseridas no Código do Processo Penal.

¹³³<http://www.legifrance.gouv.fr/> consultado em 29.07.2012

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität – Lei contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e outras manifestações de Criminalidade Organizada – que aditou os §§110a e 110e do Stpo.

Este tipo de intervenção policial é normalmente conduzido pelo Bundeskriminalamt – BKA- nas investigações interestaduais ou crime organizado internacional ou pelo Landeskriminämter – polícia do estado – nos crimes estaduais.

Na lei Alemã prevalece o princípio da subsidiariedade quanto ao recurso da utilização do agente encoberto. A intervenção do agente encoberto só é autorizada quando for impossível, por outro(s) meio(s), a obtenção da prova ou a descoberta da verdade, ou seja, quando a investigação estiver votada ao insucesso.

O âmbito da intervenção é exclusivamente perante factos que consubstanciem o conceito de criminalidade grave – tráfico de estupefacientes e/ou armas, crime cometido por grupo organizado, crime contra a segurança do estado, contrafacção de moeda, documentos ou valores – e quando existem suficientes indícios da sua prática ou que se venha a repetir.

A autorização para utilização da figura é obrigatoriamente da competência da autoridade judiciária. Perante situações com carácter urgente, decorrentes da investigação em curso, designadamente para entrada no domicílio particular, o Juiz pode ser substituído pelo M.P. Se tal não for possível o agente, mesmo assim, deve intervir e submete a sua atuação a decisão judicial que a aprova ou anula no prazo de três dias¹³⁴.

A legislação alemã não impõe limites à intervenção do agente encoberto, sem dúvida uma das questões mais controversas do regime jurídico. Este problema coloca-se, essencialmente, em duas áreas: “*facilitives operations*” e operações de infiltração de grupos organizados. Os limites à provocação são frequentemente motivo de disputa nos tribunais. O Supremo Tribunal de Justiça chamado a justificar o uso das ações encobertas considerou-as como “emergência supralegal”, nos termos do código criminal, que permite a “capacidade do sistema penal continuar operacional”¹³⁵.

Na **Holanda** as ações encobertas foram motivo para disputas internas, entre vários setores, que conduziram à criação de uma comissão de inquérito parlamentar. A comissão elaborou uma recomendação - BOB Act - que foi utilizada para alterações no Código de

¹³⁴Isabel Oneto, O Agente Infiltrado, p. 96.

¹³⁵C. Fijnaut e J.C.F e G.T. Marx ” Undercover: Police Surveillance in Comparative Perspective, pp 64-65.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

Processo Penal das quais resultou a tipificação das ações encobertas em **três categorias** de operações: recolha sistemática de informação; aquisição de património ilegal, substâncias ilegais e outro tipo de mercadorias, v.g. armas de fogo, (undercover buys); e infiltração.

A primeira categoria tem por objetivo exclusivamente a recolha de informação; na segunda o comércio de património obtido ilicitamente, substâncias ilegais ou armas durante a qual o encoberto pode efetuar aquisições para obtenção de prova direta do crime; na terceira categoria a aquisição faz parte da operação. A diferença fundamental da terceira para a segunda categoria é que na terceira o objetivo não é o suspeito individual, mas a organização criminal e a extensão do tráfico de droga ou armas de fogo¹³⁶.

A infiltração na terceira categoria só é permitida para os crimes mais graves e os princípios da proporcionalidade e necessidade são pressupostos legais imprescindíveis para a sua utilização. A autorização, neste caso, só pode ser concedida pelo *Public Prosecution Service (The Council of Procurators General)*, mas as duas restantes categorias, além de menor exigência formal e material, são autorizadas por magistrados de categoria inferior.

A legislação Holandesa não permite a instigação pelo agente encoberto. O uso de civis infiltrados deve ser limitado a casos pontuais. Exclusivamente quando é impossível a utilização do elemento policial, mas a sua utilização decorre sempre com prévia autorização e conhecimento da entidade judicial. O cometimento de crimes pelo agente encoberto é aceitável dentro de determinados limites.¹³⁷

A legislação **Inglesa** sobre esta matéria está reunida no *RIPA 2000* - e no *PACE-Police and Criminal Evidence Act 1984* - que passou a regulamentar a interceção de comunicações, vigilância intrusiva e o uso de *Covert Human Intelligence Sources CHIS (informants and undercover officers)*, eufemismo utilizado na legislação inglesa para a figura do agente encoberto.

O *RIPA 2000* veio regular uma prática policial e judicial inglesa que era motivo de críticas frequentes e incisivas pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. A intervenção e controlo do agente encoberto encontrava-se implementada por mecanismos informais administrativos do Home Office – Ministério do Interior – que foram sucessivamente substituídos por legislação criminal, designadamente o *Police Act 1984* e o *RIPA*. Esta

¹³⁶ Edwin Kruisbergen e tal, *Undercover Policing Assumptions and Empirical Evidence*, Brit. J. Criminol. 2011 51, 394-412.

¹³⁷ C. Fijnaut e J.C.F e G.T. Marx ” *Undercover: Police Surveillance in Comparative Perspective*, pp 116-117.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

matéria continua a merecer das autoridades Inglesas especial atenção e recentemente o Home Office apresentou novas proposta legislativas para realização das operações *undercover*.

A ação encoberta está prevista e regulada na *Part II do RIPA (Surveillance and covert human intelligence sources)*. Desenvolve-se no âmbito da designada *Covert Human Intelligence Source*, obedecendo aos requisitos já mencionados na Secção 1¹³⁸. A permissão para intervenção é concedida pela autoridade oficial pública responsável - cfr. *Schedule 1 Relevant Public Authorities* -, por escrito, e apenas pode ser concedida quando reunidos os pressupostos legais, v. g. cumprir o princípio da necessidade e da proporcionalidade, especificar concretamente o tipo de crimes, tipo de atos desenvolvidos pela fonte, potenciais danos colaterais¹³⁹. A autorização pode ser concedida para um membro da força policial ou a terceiro reconhecidos como *CHIS*. Em março de 2005 o *Office of the Chief Surveillance Commissioner* revelou que as autoridades oficiais públicas *NCIS (National Criminal Intelligence Service)*¹⁴⁰ e o *NCS (National Crime Squad)*¹⁴¹ autorizaram 4.452 (*CHIS*) enquanto as autoridades locais autorizaram 53.

A autorização concedida por escrito cessa ao fim de 12 meses mas é passível de renovação. É avaliada periodicamente pela entidade responsável pela autorização e pode ser revogada se os critérios ou os motivos subjacentes para autorização deixarem de estar preenchidos. O controlo da *CHIS* é efetuado pelo responsável da autorização que deve providenciar pelo acompanhamento diário da atividade da fonte, recolher a informação obtida e monitorizar a sua segurança e satisfação das necessidades fundamentais. Mesmo após o cancelamento ou final da ação encoberta a segurança e necessidades fundamentais da fonte devem continuar a ser acompanhadas.

No decurso da ação a *CHIS* pode transportar ou usar aparelhos de vigilância que estejam na sua posse pois a autorização abrange este tipo de atuação. Diferente será se esses aparelhos forem utilizados em contexto diferente, v.g. colocação numa habitação ou veículo, para a qual se exige uma autorização formal prévia.

¹³⁸ O Agente Encoberto Contemporâneo

¹³⁹ Tim Newburn, Tom Williamson e Alan Wright, *Handbook of Criminal Investigation*, p. 426-449.

¹⁴⁰ O *NCIS* é a entidade responsável pela estratégia tática e recolha de informação do crime grave e/ou organizado nacional e internacional e pela desenvolvimento da cooperação policial através dos oficiais de ligação instalados no exterior do país.

¹⁴¹ O *NCS* foi criado em 1998 devido à ameaça do crime organizado interno e incumbido da sua investigação. A criação do *SOCA (Serious Organised Crime)* em 2006 levou à incorporação do *NCS* naquele organismo.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

A matéria probatória obtida, pela *CHIS*, é admitida pelo *Civil Procedures Rules, sect. 78 do Police And Criminal Evidence Act e Human Rights Act 1998*, e encontra-se devidamente autorizada pelo *RIPA*¹⁴².

Durante a infiltração é comum surgirem dúvidas sobre condutas que possam suscitar dúvidas da legalidade de determinados atos praticados pela *CHIS*. A questão principal consiste em apurar se a *CHIS* agiu nos termos da autorização concedida e caso afirmativo a autoridade policial não tem razões para instaurar procedimento criminal. Contudo, a instauração do procedimento criminal pode ser impulsionada pelo *Crow Prosecution Service's* em contrário à opção da autoridade policial pois que, frequentemente, os termos das autorizações concedidas são indefinidos e a atuação da *CHIS* pode não estar de acordo com a lei.¹⁴³

Nos **Estados Unidos** a legislação sobre esta temática tem vindo a sofrer sucessivas alterações resultantes de intervenções consideradas ilegais pelos tribunais. As instâncias judiciais repetidamente invocaram incumprimento dos requisitos legais, impostos pela legislação, e desenvolveram jurisprudência nacional sobre esta matéria. Exemplar a este propósito é o “caso” *ABSCAM*¹⁴⁴, verificado em 1978 e investigado pelo FBI, que tinha por objeto inicial a investigação de crimes contra o património mas que se transformou numa investigação sobre corrupção, envolvendo figuras políticas do Senado e da Câmara dos Representantes, “provocada” pelo agente encoberto¹⁴⁵.

O FBI não detém a exclusividade da infiltração policial que pode ser concretizada por outros departamentos em razão da matéria criminal de que se ocupam¹⁴⁶. No início da década de oitenta, após o escândalo *Abscam*, o Departamento de Justiça (DOJ¹⁴⁷) decidiu elaborar um memorando de *guidelines* destinadas a parametrizar a utilização de agentes encobertos e das quais o FBI foi precursor na implementação.

As *guidelines* do FBI para o recurso à utilização de agentes encobertos obedeciam a **três princípios** fundamentais para iniciar uma investigação com este método: “*a reasonable*

¹⁴²https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/97956/interception-comms-code-practice.pdf.

¹⁴³Tim Newburn, Tom Williamson e Alan Wright, *Handbook of Criminal Investigation*, pp. 426-448.

¹⁴⁴Isabel Oneto, op. cit. , p. 105

¹⁴⁵Gary T. Marx, *Undercover Police Surveillance in America*, p. xi.

INS (Immigration and Naturalization Service, IRS (Internal Revenue Service) e DEA (Drug Enforcement Administration) entre outros.

¹⁴⁷DOJ (Department of Justice) pode ser identificado com o Ministério da Justiça no caso nacional.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

indication that the undercover operation will reveal illegal activities” isto presume uma suspeita bem fundada de atividade criminosa obtida através de informação apropriada; “*make “reasonably clear” to all concerned the illegal nature of the proposed action*” isto é, uma particular preocupação pelo envolvimento involuntário de pessoas trazidas por intermediários; “*to model undercover operations on the real world as closely as they can*”, isto é, as oportunidades oferecidas não devem ser mais atraentes que as que ocorrem quotidianamente.

As ações encobertas desenvolvidas pelo FBI obedeciam a dois tipos – Grupo I e Grupo II. No grupo I estavam as mais sensíveis e dispendiosas e tinham de ser aprovadas pelo *U.S. Attorney* local, pelo *FBI Headquarters*, pelo *Criminal Undercover Operations Review Committee* e pelo Diretor do FBI ou Assistente do Diretor. As grupo II requeriam, apenas, a aprovação do supervisor local do FBI¹⁴⁸.

No ano de 2008, o *DOJ* atualizou e compilou um novo documento – atualização das guidelines – que revogou um conjunto de legislação produzida sobre esta matéria.

O documento com o título *The Attorney General’s Guidelines For Domestic FBI Operations*, emitidas nos termos das Secções 509, 510, 533 e 534 do Título 28 do USC (*United States Code*¹⁴⁹) e *Executive Order 12333*, na esteira do documento supra referido, atribui ao FBI competências, constantes do Título 2, do capítulo 33 do USC, para investigar crimes federais, que não sejam da competência de outras agências, com colaboração e coordenação dos *Federal Prosecutors*” *United States Attorneys Office* e *Department of Justice* que garantam os necessários instrumentos de investigação e apoio legal.

As *guidelines* refletem as responsabilidades e obrigações que o FBI detém enquanto agência vocacionada para a deteção, investigação e prevenção de crimes e na recolha de informação criminal e, no fundamental, são o culminar da evolução das políticas governamentais na área da investigação criminal, após 11 de setembro de 2001.

Na escolha dos métodos, Sec. I C2, perante as várias alternativas, a opção deve recair sobre o tipo menos intrusivo e ter em consideração a privacidade, direitos e potencial dano na imagem do visado. A utilização do método deve obedecer aos critérios estabelecidos, mas não

¹⁴⁸Gary T. Marx, op. cit. pp. 181-183.

¹⁴⁹ O USC corresponde a uma codificação permanente de leis dos Estados Unidos dividida em 51 Títulos e publicada pelo Gabinete de Revisão da Lei da Câmara dos Representantes. Destes 51 Títulos, 25 correspondem a positive (statutory) law. Para o nosso estudo interessa considerar que os Títulos 18 e 28 estão incluídos nas leis positivadas.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

deve condicionar a utilização de meios mais intrusivos desde que justificados pela gravidade do crime, da segurança nacional ou interesses dos Estados Unidos. Este critério deve ser particularmente observado nas investigações relacionadas com terrorismo.

O documento prevê um conjunto de métodos, aprovações – de acordo com o tipo de investigação e intrusão – e a competência interna, do FBI, para a sua autorização. Os requisitos previstos não invalidam a comunicação, por escrito, ao respetivo *Attorney* ou *Assistant of Attorney* para se aferir da legalidade e necessidade da utilização deste método de investigação.

Relativamente às operações domésticas com agentes encobertos - que não envolvam a segurança nacional ou forças externas – elas devem seguir as orientações emanadas pelo *Attorney General*, mas podem ser autorizadas pelo *Special Agent in Charge (SAC)* ou por um dirigente nacional da agência.

De forma distinta se procede quando estiver em causa matérias sensíveis - ameaças à segurança nacional ou ameaças externas, matérias envolvendo forças religiosas ou políticas - que têm de ser aprovadas pela sede nacional do FBI com participação à *Security Division* para avaliação.

Se no decurso da intervenção for previsível o recurso a **atividades ilegais**, estas só podem ser praticadas caso se verifique uma autorização prévia, consoante a gravidade, emanada do SAC ou nas situações mais graves pelo *United States Attorneys Office* ou *Departamento of Justice Division*. Em circunstância alguma podem ser autorizados atos de violência ou métodos ilegais de investigação - vigilâncias eletrónicas ou buscas ilegais – encontrando-se salvaguardados os atos de legítima defesa ou outros decorrentes do exercício da função.

As ações encobertas nos Estados Unidos correspondem a **três tipos**¹⁵⁰, ou categorias, que se identificam, fundamentalmente, pelos objetivos perseguidos.

Intelligence operations – utilizadas para obter informação sobre crimes ocorridos, que estão em preparação/planeamento ou que já se encontram na fase de execução. O papel do **agente** é tendencialmente **passivo**, envolve observação e questões e um esforço para a interação. A intervenção resumidamente pode ser equiparada à de um gravador que vai **colhendo informação** para utilização. A recolha realizada permite desenvolver atividade investigatória *postliminary* (reativa) ou *anticipatory* (preventiva).

¹⁵⁰ Gary T. Marx, *Undercover Police Surveillance in America*, p.p. 59-66.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

Preventive operations – o objetivo das operações preventivas pode ser prevenir que o crime ocorra ou caso ocorra impedir ao máximo os danos. O infiltrado pretende **limitar**, **inibir** ou **bloquear** a capacidade do suspeito para desencadear o crime com sucesso.

Facilitive operations – o objetivo das operações “permissivas” é **estimular** (ou pelo menos não prevenir) a comissão do crime. O foco situa-se na fraqueza da vítima e na resiliência do infiltrado. As operações podem ser divididas em **dois subtipos**, de acordo com o papel representado pelo infiltrado: este pode ser vítima ou coautor. Na primeira o infiltrado age como “alvo preferencial ou vítima¹⁵¹”, na segunda age como coautor no cometimento de crimes¹⁵².

Além dos três tipos e objetivos referenciados, existe ainda uma subdivisão fundamental, neste tipo de intervenções, que está relacionada com **dimensão temporal** e **penetração** que caracteriza a forma de atuar do agente encoberto: a forma de atuar pode ser classificada por “*deep*”, “*light*” or “*shallow*”. As duas últimas correspondem às mais frequentes e de menor duração, sem necessidade de grandes recursos e geralmente são utilizadas pelas agências locais. A primeira modalidade (*deep*) corresponde a operações profundas que podem implicar a criação de falsas organizações ou infiltração no grupo. Operações com duração superior a seis meses, Grupo I, podem incluir ausência prolongada, alteração de identidade, nova vida social etc. Estas intervenções são características dos departamentos federais e pouco usuais em departamentos locais e as consequências éticas e legais são, por vezes, imprevisíveis.

As ações encobertas são desenvolvidas por funcionários do FBI ou de outras agências, ou por terceiro, que atuam sob a direção e controle do FBI quando a operação é da sua iniciativa e responsabilidade. O recurso a terceiro, designado *informers*, é justificado pela dificuldade de aproximação ou integração em grupos organizados da parte dos elementos policiais.

A utilização deste método de investigação face às implicações legais decorrentes, nomeadamente no cumprimento dos procedimentos formais exigíveis à ação encoberta e recolha de matéria probatória pelos meios admissíveis, confere ao *Special Agent in Charge (SAC)* e/ou *United States Attorney*, ou seus designados, o dever de verificar regularmente a

¹⁵¹ Exemplos deste primeiro tipo de intervenção são a colocação de objetos abandonados, no interior de veículos abertos, para serem furtados; frequência de casa de prostituição na perspetiva de serem alvo de extorsão etc.

¹⁵² Exemplos deste segundo tipo de intervenção são a compra e venda de propriedade furtada

conformidade na aplicação da lei e os procedimentos regulamentares exigíveis¹⁵³. A sua função e intervenção é essencialmente direcionada para o controlo dos aspetos legais.

Se comparado com outros métodos utilizados na investigação criminal - buscas, interceções telefónicas, vigilâncias intrusivas, etc - na ação encoberta o poder judicial e constitucional é relativamente limitado no decurso da investigação. O maior controle decorre da *exclusion of evidence* ou *exclusionary rules*¹⁵⁴ que, no entanto, é extensível aos restantes métodos de investigação e recolha da prova.

Uma das defesas mais empregues contra este método de investigação surgiu, precisamente, nos Estados Unidos com a criação do *entrapment defense*, pelo Supremo Tribunal em 1932. O *entrapment* foi criado para proteger pessoas inocentes que são provocadas, pelas entidades policiais, para cometer crime(s) que em circunstâncias normais não seriam capazes de levar a cabo. As condenações são negadas porque essas pessoas não representam risco para a sociedade¹⁵⁵.

A defesa do acusado sustenta a desaprovação da conduta considerando que a intervenção é provocadora e irrazoável por parte das autoridades policiais. A construção jurisprudencial e doutrinal utilizada nos Estados Unidos foi, entretanto, adotada e adaptada pela comunidade jurídica global que passou tentar demonstrar que a ação encoberta incorre frequentemente na provocação ou instigação do visado pela polícia. O resultado desta conduta impõe ao tribunal declarar a nulidade da prova produzida e/ou a responsabilização penal do agente encoberto.

2.1 O paradigma da Civil Law e da Common Law no tratamento do agente encoberto

Os dois paradigmas legais equacionados representam, possivelmente, as duas grandes linhas estruturais de sistemas jurídicos e formas distintas de pensamento quanto à produção, aquisição e aplicação do direito.

Na *civil law*, ou família romano-germânica, o Direito é prevalentemente entendido como um sistema de normas e princípios, fundados na vontade popular e assistido de sanções

¹⁵³<http://www.justice.gov/ag/readingroom/guidelines.pdf>

¹⁵⁴ As *exclusionary rules* correspondem a um conjunto de princípios legais e jurisprudenciais relativos à recolha de prova no sistema processual dos Estados Unidos. A sua fundamentação está em várias Emendas Constitucionais com especial enfoque na 4ª Emenda que protege os cidadãos de buscas e apreensões ilegais; 5ª Emenda que protege contra a autoincriminação “*nemo tenetur se ipsum accusare*” ou 6ª Emenda que garante o direito ao advogado pelo suspeito.

¹⁵⁵Gary T. Marx, op. cit. p.188

institucionalizadas, que visa ordenar as condutas humanas de forma geral e abstrata em conformidade com determinados valores. A criação do Direito decorre da existência de um órgão legislativo independente, ou do governo, do qual o tribunal recebe o poder de fixar normas jurídicas individuais nos quadros das normas gerais criadas por estes órgãos. Na resolução dos casos concretos, os tribunais devem obediência às regras e princípios emanados do poder legislativo e não aos precedentes por eles criados ou aos ditames da religião e moral.

Neste sistema, a ordem normativa obedece a uma norma fundamental, fonte comum da validade de todas as normas, que se apresenta na forma de uma Constituição escrita da qual advêm duas consequências fundamentais. De um lado a distinção entre lei constitucional e lei ordinária: a Constituição só pode ser revista por força da primeira, cuja adoção obedece a um procedimento especial, e tem primazia sobre a segunda. Do outro a introdução de mecanismos de fiscalização da constitucionalidade destinados a assegurar o primado da Constituição sobre as normas da lei ordinária.

Na *commom law* o conceito de Direito é substancialmente diverso daquele que prevalece no sistema romano-germânico. Mais do que um conjunto de regras ou princípios gerais que disciplinam normativamente a vida social, o Direito é reconhecido como um instrumento de resolução de litígios. A formação do Direito é principalmente casuística, a partir das espécies submetidas aos tribunais, permitindo criar normas jurídicas gerais sob a forma de decisões com força de precedentes. O facto da *commom law* ser baseada no precedente não invalida a criação de lei escrita – statute - que corresponde à positivação de decisões jurisprudenciais incluídas nos códigos legais. Com o implementar das democracias parece, cada vez, mais distante a figura do juiz criador da lei, substituído pelas codificações resultantes de processos legislativos¹⁵⁶.

O sistema jurídico norte-americano acolheu os conceitos e princípios fundamentais do direito inglês identificados com a ideia de um governo limitado e representativo, primado de *rule of law*, e relevância concedida ao júri em certas causas civis e criminais etc. Não se pode, contudo, ignorar que o Direitos dos Estados Unidos, na família da *common law*, possuiu uma certa autonomia que o aproxima mais do sistema romano-germânico do que o Direito

¹⁵⁶Harry Dammer e Jay Albanese, *Comparative Criminal Justice Systems*, p. 47.

Inglês¹⁵⁷. Característico deste sistema judiciário, pela relevância em relação ao nosso tema, é a figura da *plea bargaining* ou *negotiated plea*.

Esta figura jurídica consiste genericamente na negociação, entre o arguido em processo penal e o representante da acusação, de uma assunção de culpa ou de uma declaração por ele emitida que não contestará a acusação, geralmente feita a troco de certas concessões, no que toca à pena em que incorrerá ou ao modo do seu cumprimento. A admissão da *plea bargaining* é ainda fruto de uma certa conceção de carácter vincadamente liberal que prevaleceu nos Estados Unidos, a respeito do processo penal, e que se traduz na estrutura acentuadamente acusatória (*adversarial*) que o mesmo reveste. Revela, ainda, a ampla disponibilidade do objeto do processo pelas partes e outorga ao Ministério Público um grau de discricionariedade sem paralelo na Europa continental.

No sistema da *commom law* não existe o órgão tribunal constitucional. Enquanto em Inglaterra não existe um texto constitucional escrito, invocando-se que o texto constitucional é integrado por estatutos, jurisprudência e tratados, nos Estados Unidos a Constituição escrita é um elemento nuclear do direito e um dos principais fatores da unidade jurídica.

Em Inglaterra o *Crown Court* é o tribunal superior exclusivamente competente em matéria penal. Funciona de modo descentralizado em todo o país e em Londres adota a designação de Central Criminal Court¹⁵⁸. É a instância de recurso das decisões proferidas pelos Magistrate's Courts e julga em primeira instância os processos criminais mais importantes.

Nos Estados Unidos a Constituição não confere ao Supremo Tribunal, de modo expresso, o poder de fiscalizar a constitucionalidade das leis e de recusar a sua aplicação com fundamento em serem contrárias às disposições constitucionais (*judicial review*). A fiscalização judicial da constitucionalidade cabe a todos os tribunais na decisão das questões que lhes sejam submetidas: é assim **difusa** e **concreta** (embora a última palavra na matéria pertença ao Supremo Tribunal quando esteja em causa a Constituição Federal). Questão

¹⁵⁷ Dário Moura Vicente, Direito Comparado, p. 300.

¹⁵⁸ No topo da categoria dos Tribunais Superiores, até 2008, encontrava-se a Câmara dos Lordes (House of Lord's) que além de funções legislativas desempenhava também as de Supremo Tribunal do Reino Unido. A partir de 2008 estas funções foram assumidas pelo Supreme Court of the United Kingdom que é o Tribunal de instância máxima em matéria civil e criminal. O Supreme Court é autónomo da Câmara dos Lordes e os seus membros são designados pela Rainha, sob recomendação de uma comissão do Tribunal. A criação e institucionalização do Supreme Court surge na sequência do Constitutional Reform Act 2005 que introduziu no sistema judiciário diversas reformas essenciais que visam dar satisfação a algumas preocupações do Conselho da Europa.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

pertinente é perceber a razão por que a *judicial review* logrou afirmar-se tão categoricamente nos Estados Unidos, enquanto em Inglaterra continua, ainda hoje, a ser tida como proscrita pelo princípio da supremacia do Parlamento.

No primeiro sistema (*civil law*), o exercício das matérias relacionadas com polícia/investigação estão expressos na lei, caso de Portugal, v.g. Constituição da República art. 32º, nº 8, 34º, e 272º, Lei 49/2008, de 27 de agosto - Lei da Organização da Investigação Criminal (LOIC), e positivados em diversas normas do Código de Processo e Penal, leis avulsas e acordos internacionais de cooperação policial e judicial.

A positivação destas matérias, em textos legais decorrente de criação legislativa, relacionadas com a atividade processual/policial/investigatória, permite, a todo o momento, o melhor e mais fácil controlo democrático e responsabilidade dos intervenientes.

No segundo sistema (*common law*), estas matérias encontram-se dispersas por decisões jurisprudenciais, baseadas na regra dos precedentes, ou em legislação codificada ou avulsa. Paradigma desta última opção é o *RIPA*, Capítulo I e II¹⁵⁹, que prevê e regula a utilização de interceções telefónicas e outros meios intrusivos utilizados durante a investigação criminal. No mesmo sentido positivista o United States Code (USC), designadamente o *Título 18 Crimes and Criminal Procedures* ou *Título 28 Judiciary and Judicial Procedure*, que apresenta um conjunto de normas jurídicas relacionadas com o processo criminal, ou seja, uma codificação similar à praticada na *civil law*.

Porém, a *summa divisio* dos dois sistemas na produção e aplicação da lei continua a eleger como símbolo institucional a regra do primado dos precedentes vinculativos na família da *common law*. Forma distinta surge no domínio da *civil law* onde se impôs a aplicação de uma norma, caracterizada pela generalidade e abstração da situação concreta, que tem origem no poder legislativo.

A lógica do precedente vinculativo fundamenta-se, essencialmente, na doutrina do “*stare decisis et non quieta movere*”¹⁶⁰ que apela à manutenção e respeito das decisões judiciais anteriores, desde que verificado um conjunto de pressupostos para a sua aplicação.

As diferenças entre os dois modelos repercutiram-se no tratamento dado à figura do agente encoberto e nas implicações prático jurídico no decurso da intervenção.

¹⁵⁹ <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/23/section/1>

¹⁶⁰ “Respeitar as coisas decididas e não mexer no que está estabelecido.”

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

A sintética análise comparativa apurada nos seis países, supra enunciados, permite-nos reconhecer alguma da realidade processual e político criminal ali vigente e ainda a relação entre os espaços de atuação da polícia de investigação criminal e o controle, maior ou menor, da autoridade judiciária. Subsiste, contudo, a questão central de apurar os limites da intervenção do agente encoberto e as possíveis consequências pelo desvio ou excesso ocorrido, quer corresponda à figura da provocação – no sistema da *civil law* –, quer se apresente como *entrapment* - no sistema da *commom law*-.

Alves Meireis afirma que na *commom law* “a sua característica fundamental consiste em identificar como epicentro da problemática o provocado, ao invés dos países da *civil law* que colocam o centro da problemática no agente provocador”¹⁶¹.

No mesmo sentido se pronuncia Isabel Oneto que atribuiu esta dicotomia aos processos de revelação distintos durante o seu desenvolvimento. Assim, afirma que enquanto a *civil law* impulsionou “o desenvolvimento dogmático da figura do agente provocador, como categoria projetada a partir do instigador e, portanto, relevante em sede da teoria da participação criminosa; nos Estados Unidos, a jurisprudência ... deu os primeiros passos na concretização da doutrina do *entrapment defense*, em que o agente surgia como figura do processo penal...¹⁶²).

Na opinião de Susana Aires, o agente provocador é definido como o “membro da autoridade policial ou um civil comandado pela polícia, que induz outrem a delinquir por forma a facilitar a recolha de provas da ocorrência do facto criminoso”¹⁶³”. Ao agir desta forma, o agente provocador induz, impulsiona o suspeito à prática de atos ilícitos.

A **provocação** não é apenas informativa, mas **é formativa**. Para Germano Marques¹⁶⁴, a provocação não revela o crime e o criminoso, mas cria o próprio crime e o próprio criminoso. A provocação, causando o crime, é inaceitável como método de investigação criminal, uma vez que gera o seu próprio objeto. Segundo alguns autores e jurisprudência de certos países, a violação do princípio da lealdade serve para fundamentar a ilegitimidade do recurso aos agentes encobertos e conseqüente proibição da prova obtida por esse meio.

¹⁶¹ Alves Meireis, O regime das provas obtidas pelo agente provocador em processo penal, p. 95.

¹⁶² Isabel Oneto, O Agente Infiltrado, p. 29.

¹⁶³ Acórdão STJ, processo nº 98P999.

¹⁶⁴ Germano Marques da Silva, Curso de Processo Penal II, p. 191.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

No sistema jurídico da *civil law* a questão da provocação inicialmente fixou-se na conduta e na forma de aquisição da matéria probatória a cargo do agente encoberto. Cuidava-se de aferir se a recolha e as provas obtidas, pelo agente, eram subsumíveis nos meios enganosos e, como tal, ofensivos da integridade moral das pessoas, mesmo que com o consentimento delas, art. 126º, n.º 1 e 2, al. a) do CPP. A questão processual tem vindo a perder relevância para o comportamento subjetivo do agente, e conseqüente domínio do facto, quando a sua atuação se revela na realização típica ao assumir o papel de instigador. É claramente o sentido teleológico da Lei 101/2001, mormente do art. 6º, ao definir e delimitar claramente o permitido e proibido relativamente à conduta do agente encoberto. Admitimos que a solução nacional corresponde a uma aproximação à doutrina subjetiva do *entrapment defense* com origem nos Estados Unidos.

A doutrina do *entrapment defense* foi criada e desenvolvida pelo *Supreme Court* em 1932, na decisão *Sorrells v. United States*, [287 U.S. 435](#) (1932), e a sua teleologia jurisprudencial fundamenta-se em dois pressupostos: **proteger pessoas inocentes** de serem estimuladas por elementos policiais a cometerem crimes; as condenações são negadas porque essas pessoas não representam risco para sociedade e o **método formal investigatório** utilizado pela polícia é **reprovável, arbitrário e irrazoável**.

A doutrina está especialmente focada na vontade intencional – a predisposição para cometer o crime - normalmente identificada pelo elemento subjetivo (em contraste com o elemento objetivo focado no comportamento da polícia¹⁶⁵). Não é fácil definir predisposição, porém, admite-se como a vontade natural de cometer o crime com absoluta autonomia e liberdade.

O **modelo subjetivo** e objetivo revelam características distintas que estão associadas ao comportamento do visado ou do infiltrado. No modelo subjetivo o enfoque é dirigido para a predisposição – estado de espírito – do visado para cometer o crime, ou seja, se o elemento volitivo está devidamente conformado sem qualquer estímulo externo da parte do infiltrado.

O **modelo objetivo** está concentrado na apreciação do comportamento do infiltrado. Pretende-se apurar se o impacto deste é suscetível de conduzir o visado a praticar atos criminosos que, em circunstâncias normais, não seria capaz de realizar. O objetivo principal

¹⁶⁵Alves Meireis, O regime das provas obtidas pelo agente provocador em processo penal,p. 101 e ss.

neste modelo é desencorajar este tipo de condutas impróprias, sem se proceder a uma apreciação legal da intervenção policial.

De referir que a *entrapment defense* não corresponde a um “direito subjetivo” do visado, mas sim uma norma que cumpre uma função de profilaxia e prevenção das condutas policiais, não sendo aplicável a casos em que a provocação não partiu de uma provocação policial¹⁶⁶.

A *entrapment defense* raramente é usada. Ao fazê-lo o acusado tem de admitir que o crime de facto ocorreu. Nestas situações o que está em causa é o carácter da pessoa, a conduta e, por vezes o seu passado, as provas, mesmo as inadmissíveis, são presentes em tribunal¹⁶⁷. Concordando que cometeu o crime, induzido pelo *entrapment*, o visado vai ter o ónus de demonstrar perante o tribunal as razões concretas e evidências que lhe permitem apelar para esta defesa.

Costa Andrade procedendo a uma caracterização e conceptualização dogmática do problema, acompanhando a este propósito Herrmann, refere: “ *Do que em primeira linha se trata é de prevenir determinadas manifestações de danosidade social, garantindo-se a integridade de bens jurídicos prevalentemente pessoais. Consequentemente – para Herrmann- no direito alemão a limitação da atividade da polícia não pode ser apontada como tarefa, mas apenas como consequência, das proibições de prova*”¹⁶⁸.

Prosseguindo na sua observação considera que no caso dos Estados Unidos “ o que em primeira linha, cabe prevenir e” reprimir” são as manifestações de ilegalidade da polícia criminal na interação com o cidadão e as suas garantias constitucionais. Pela positiva trata-se de assegurar a disciplina das instâncias formais de controlo – maxime da polícia- isto é, a estrita conformidade da sua atuação às pertinentes normas processuais”. Assim, o *Supreme Court* dos Estados Unidos, em obediência ao estrito cumprimento das normas processuais, sentenciou no caso *Peopele vs Defore (N.Y. 1926)* “*the criminal is go free because de constable has blundered*”. Para logo, de seguida, concluir que a questão “ *verdadeiramente decisiva em debate na fase do processo americano relativa à admissibilidade dos meios de prova é, assim, se terá ou não havido uma violação da lei por parte da polícia*”¹⁶⁹.

¹⁶⁶Isabel Oneto, O Agente Infiltrado, p.37.

¹⁶⁷Gary T. Marx, Undercover Police Surveillance in America, p. 189.

¹⁶⁸Costa Andrade, Sobre as proibições da prova em Processo Penal, p. 140.

¹⁶⁹Costa Andrade, op. cit p. 144.

3. A CRIAÇÃO E EVOLUÇÃO DA FIGURA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

3.1 A dinâmica precursora dos DL 430/83, DL 15/93 e da Lei 36/94

As primeiras referências à figura do **agente encoberto** no ordenamento legal nacional surgem no Dec. Lei 430/83, de 13 de dezembro, que define o regime jurídico aplicável ao tráfico e consumo de estupefacientes e substância psicotrópicas.

No art. 52º (Conduta não punível) a ordem jurídica passa a permitir ou autorizar a conduta ” *do funcionário de investigação criminal...que aceitar a entrega de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas* ” excluindo a sua punibilidade.

Dez anos decorridos, o DL 15/93, de 22 de junho, que revogou em bloco o DL 430/83, manteve no artº 59º a redação originária do art. 52º do DL revogado.

A Lei 45/96, de 03 de setembro – 4ª versão – alterou o art. 59º e aditou o art. 59º-A (Proteção de funcionário e de terceiro infiltrado). A nova versão introduziu algumas inovações que permitem antecipar maior rigor processual e a exigência prévia de autorização da parte da autoridade judiciária para a intervenção do encoberto. Procede-se à **ampliação** dos elementos descritivos do tipo que passa a permitir: deter, guardar, transportar ou entregar produtos estupefacientes, porquanto até aí a única conduta prevista era subsumível na modalidade aceitar. Concede também a possibilidade de intervenção de **terceiro**, atuando sob controlo da Polícia Judiciária, para fins de prevenção ou repressão criminal.

Na esteira dos diplomas do regime jurídico do tráfico de estupefacientes, a Lei 36/94, de 29 de setembro, (Medidas de combate à corrupção e criminalidade económica e financeira), no art. 6º (Atos de colaboração ou instrumentais) previa para a obtenção de prova, na fase de inquérito, a prática de atos de colaboração ou instrumentais relativamente ao conjunto de crimes constantes do art. 1º do diploma. Os atos – colaboração ou instrumentais – dependiam sempre de prévia autorização da autoridade judiciária competente.

De acordo com a legislação referida, o recurso ao agente encoberto apenas estava consagrado na investigação do tráfico de estupefacientes e das medidas de combate à corrupção e à criminalidade económica e financeira.

Caracterizando a problemática do tráfico de estupefacientes, o Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República, em 1995, através de Parecer¹⁷⁰, alertou para o perigo deste crime colocar em causa os alicerces das sociedades democráticas e a considerável

¹⁷⁰<http://www.dgsi.pt/pgrp> - Parecer P000501994

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

danosidade provocada na organização económica, cultural e política. O fenómeno criminal encontra-se globalizado com incidência direta na política da saúde, na política da educação e juventude, na política da justiça e contenção da criminalidade.

O parecer enfatiza a dificuldade investigatória resultante da crescente organização, internacionalização, conexão com outro tipo de crimes – terrorismo, tráfico de armas (e acrescentamos nós branqueamento de capitais) – e recurso a tecnologias sofisticadas (acrescentamos nós telefones satélite e embarcações marítimas aperfeiçoadas e adaptadas para este tipo de crime, utilização de *off-shores* na ocultação e circulação dos proventos ilícitos). Constata-se, ainda, a progressiva implementação de organizações caracterizadas pela estrutura empresarial e profissional devidamente sectorizadas e especializadas nas diversas áreas da atividade criminosa em desenvolvimento.

Inferese da exposição sumária apresentada o elevado grau de dificuldade para a investigação desta criminalidade e os problemas específicos na obtenção de prova e responsabilização dos autores deste tipo de delitos.

A existência destes fatores condicionantes impõe da parte do Estado de direito democrático a criação e desenvolvimento de políticas criminais e legislativas que se revelem eficazes na prevenção e investigação da criminalidade desta natureza.

Consciente desta realidade o legislador nacional decidiu dar corpo legal à figura do agente encoberto, no ordenamento jurídico nacional, exclusivamente para investigação da criminalidade supra mencionada.

Nas palavras de Alves Meireis, nem o agente que atua no âmbito do art. 59º, n.º 1, do DL 15/93, nem o agente previsto no n.º 1, do art. 6º, da Lei 36/94, são agentes provocadores. O primeiro porque atua num quadro em que a sua intervenção “*não contribuiu de forma decisiva para que as coisas aconteçam*”. O segundo porque ainda na fase de “*ações de prevenção*” não se pode dizer que “*o agente provocador previna o crime incitando a ele*”; pois se é certo que, em princípio a liberdade e a autonomia da vontade do provocado se pode manter, também é certo que o crime só se verifica porque há um agente provocador¹⁷¹.

Lourenço Martins, a propósito do art. 52º, do DL 430/83, e art. 59º, do DL 15/93, expressa o entendimento que: “*o agente infiltrado apenas procura descobrir crimes já praticados, coligindo informações ou recolhendo provas, para o que não pode igualmente*

¹⁷¹ Alves Meireis, O regime das provas obtidas pelo agente provocador em processo penal, p.p. 135-136.

denunciar a sua qualidade de funcionário...a lei vem salvaguardar este meio de investigação declarando a impunibilidade do funcionário”.

Pronunciando-se sobre o art. 59º, (Conduta não punível) do DL 15/93, Lourenço Martins, começa por considerar a disposição controversa e como um “mal necessário”. A primeira consideração dirige-se à disparidade de pontos de vista entre a doutrina e a jurisprudência, nomeadamente em Espanha e França. Prossegue com a distinção entre provocador e agente infiltrado. O primeiro é “aquele que induz outrem a delinquir com a finalidade de o fazer condenar”, por recompensa ou “satisfação moral”. O segundo, designado na terminologia anglo-americana de “*undercover agent*”, surge nas áreas dos designados crimes sem vítima, da corrupção das organizações fechadas ou em crimes de “trato sucessivo”, como dizem os espanhóis¹⁷².”.

Para Isabel Oneto, as alterações introduzidas, pela Lei 45/96, no DL 15/93, consagram legislativamente, pela primeira vez, a figura do **agente infiltrado** e, por outro lado, autoriza a utilização de **terceiro** (agente não policial), situação até aí não prevista¹⁷³.

Utilizando o conceito extensivo de “**homem de confiança**”, Costa Andrade reconhece a admissibilidade do agente encoberto, por força do art. 52º, do DL 430/83, de 13 de dezembro, no domínio específico da investigação dos crimes de tráfico de estupefacientes. Refere ainda a possibilidade de utilização do agente encoberto quando “*prossiga finalidades exclusivas ou prevalentemente preventivas*” sempre que a perseguição de eventuais agentes “se integre em programas de repressão e desmantelamento de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada”. “ De outra forma deixar-se-ia a sociedade desarmada face a manifestações tão drásticas e intoleráveis de criminalidade¹⁷⁴”.

3.2 Objeto e objetivos do DL 430/83 e 15/93 e da Lei 36/94 no contexto da criminalidade organizada e global

A partir de 1983, em Portugal, foram dados os primeiros passos legislativos, doutrinários e jurisprudenciais relativamente à então criada figura do “agente encoberto”. A sua utilização na investigação do tráfico de estupefacientes refletia, simultaneamente, a preocupação jurídica e social em encontrar métodos eficazes para o apuramento da responsabilidade criminal em detrimento da impunidade.

¹⁷² <http://www.dgsi.pt/pgpr> - Parecer P000501994

¹⁷³ Isabel Oneto, O Agente Infiltrado p. 113.

¹⁷⁴ Costa Andrade, Sobre as proibições da prova em Processo Penal p. 232.

Desde esse período que as inovações legislativas com intencionalidades político-criminais e conteúdos normativos diferentes, no plano substantivo e adjetivo, convergem no mesmo sentido: maior **eficácia** a nível nacional e supra nacional e alargamento do espaço de atuação da polícia -de investigação criminal- com **controle** efetivo **da autoridade judiciária** durante a fase de inquérito.

Os “**métodos ocultos de investigação**”¹⁷⁵ evidenciaram uma alteração na investigação criminal, enquanto atividade própria do processo penal, que se desloca do paradigma da intervenção reativa para o campo da reação proativa. Na sua caracterização consideramos que no primeiro exemplo estamos perante a ação *post factum*, no segundo estamos no horizonte da **prevenção de comportamentos perigosos**.

A investigação **reativa** (*post factum*) caracteriza-se pela procura das evidências do crime e as circunstâncias que podem concorrer para a sua prática. Após a intervenção preliminar vai focar-se no objetivo imediato e central que corresponde à identificação do(s) suspeito(s) durante o processo básico e sequencial neste tipo de investigação: a) preservação e exame do local do crime e recolha de vestígios e indícios que possam ter relevância probatória; b) identificação de testemunhas ou pessoas que possuam conhecimentos relacionados com o crime; c) avaliação da informação, quer pela consulta das bases de dados, quer pela conjugação dos testemunhos com as evidências recolhidas.

A investigação **proativa** focaliza a sua intervenção em comportamentos criminosos e não no tipo de crime específico, ou seja, criminalidade organizada, terrorismo, associações criminosas, criminalidade supra nacional e globalizada. Caracteriza-se, entre outros, pelo recurso à *intelligence*, utilização de informadores, análise de padrões criminais. A informação recolhida é avaliada sistematicamente, para apuramento da pertinência e relevância, e conjugada com atividades de vigilância e operações encobertas. A investigação proativa revela-se particularmente eficiente no combate ao terrorismo e crime organizado. A sua eficácia está muito dependente do recurso a métodos ocultos o que provoca uma tensão entre o sacrifício de bens jurídicos e direitos fundamentais e o interesse público vertido na perseguição penal.

¹⁷⁵Costa Andrade, Que Futuro Para o Direito Processual Penal, p.p. 532 e ss, Simpósio em Homenagem a Jorge Figueredo Dias, na Escola de Direito da Universidade do Minho. Conceito utilizado pelo Prof. Costa Andrade que, na sua perspetiva, incluiu um conjunto diversificado e heterogéneo de meios de obtenção de conhecimentos com recurso aos seguintes tipos: escutas telefónicas incluindo diferentes tipos de intromissão nas comunicações -, ações encobertas, gravações não consentidas entre presentes ou cara a cara.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

A alteração do regime jurídico das “ações encobertas” até então vigente, pela Lei 101/2001 que revogou os art. 59º e 59º-A do DL 15/93 e o art. 6º da Lei 36/94, foi justificada - de acordo com a exposição de motivos – pela necessidade de maior eficácia na investigação à criminalidade mais grave e organizada. Ponderou-se ainda a necessidade do alargamento do âmbito de aplicação, até aí restrito ao tráfico de estupefacientes e medidas de combate à corrupção e criminalidade económico-financeira, estabelecendo-se, para o efeito, um catálogo de crimes e a criação de um regime jurídico, ao abrigo do qual as atuações são levadas a cabo, diluindo dúvidas que a jurisprudência, por vezes, tem encontrado¹⁷⁶.

O regime jurídico vem permitir, quer a preservação das garantias de defesa em processo penal, quer salvaguardar a segurança dos agentes envolvidos na investigação.

As garantias de defesa traduzem-se no princípio geral de que as intervenções estão sujeitas aos princípios da necessidade e proporcionalidade. Paralelamente, a lei estabelece a competência da autoridade judicial para autorizar a ação encoberta no âmbito da prevenção criminal ou do inquérito (a primeira autorizada pelo JIC sob proposta do MP, a segunda autorizada pelo MP considerando-se validada se não for proferido despacho de recusa – pelo JIC - nas setenta e duas hora seguintes).

As medidas de segurança, considerando as especiais características das ações encobertas, consignam que ninguém pode ser obrigado a participar neste tipo de ações e, para aqueles que aceitam participar, são criadas regras de proteção do agente no que toca a meios pelos quais a prova produzida é apresentada, bem como a possibilidade da atuação decorrer sob identidade fictícia.

Finalmente, na medida em que a atuação do agente é, por vezes, suscetível de conduzir à prática de factos que seriam, noutras circunstâncias, ilícitos típicos penais, introduz-se um regime de isenção de responsabilidade penal por esses factos.

Entre a publicação do DL 430/83 de 13 de dezembro e o DL 101/200, de 25 de agosto, decorreram 18 anos. Poucos dias após a sua publicação ocorreu o 11 de setembro, acontecimento que pelo impacto global provocou alterações político criminais e jurídico normativas universais, com reflexo no viver comunitário e no núcleo central dos direitos do sujeito.

¹⁷⁶ Cfr. Exposição de motivos da proposta de lei nº 79/VIII (Regime Jurídico das Ações Encobertas para Fins de Prevenção e Investigação Criminal).

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

A 1 de janeiro de 1986 Portugal aderiu à CEE. Em 1992/93, o Tratado de Maastricht estabeleceu as bases para uma política externa e de segurança comum - a criação de um terceiro pilar para tratar de assuntos de cooperação policial e judiciária em matéria penal – e a criação de uma união económica e monetária.

Em 25 de junho de 1992 Portugal aderiu ao Acordo de Schengen e a 26 de março de 1995 aboliu o controlo de fronteiras¹⁷⁷. A liberdade de circulação constitui um direito não só para os 500 milhões de cidadãos Europeus, mas também para os nacionais de países estrangeiros que se encontrem legalmente neste espaço. Os cidadãos estrangeiros que viajem dentro deste espaço têm liberdade de o fazer por períodos máximos de 90 dias, a cada seis meses.

No âmbito das políticas da UE, além da livre circulação de pessoas, foi garantida a livre circulação de bens, serviços, capitais e atribuída competência para legislar em assuntos comuns na área da justiça.

No final de 2001 (outubro) na sequência da assinatura da Convenção relativa ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal (assinada em 29 de maio de 2000, em Bruxelas) a Lei 104/2001, de 25 de agosto, procedeu à 2ª alteração da Lei 144/99 – **Cooperação Judiciária Internacional** -. Nesta, face à vinculação de Portugal na Convenção, foi aditado o **art. 160-B (Ações Encobertas)** que prevê a participação de funcionários de investigação criminal de outros Estados em ações encobertas, desenvolvidas em Portugal, com estatuto idêntico aos funcionários de investigação nacionais e nos termos da legislação aplicável.

Em 01 de dezembro de 2009 entrou em vigor o Tratado de Lisboa que, insistindo nas ações desenvolvidas pela Europol (Cooperação entre forças policiais), Eurojust (Cooperação entre os Ministérios Públicos), Frontex (Cooperação entre as autoridades de controle das fronteiras) e na operatividade do SIS (Sistema de Informações Schengen – base de dados comum para as polícia e autoridades de imigração), reforçou a sua intervenção legislativa na área criminal com a Decisão Conselho de 12 de fevereiro de 2007¹⁷⁸ e a criação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

¹⁷⁷ Atualmente 22 Estados-membros da UE participam no Espaço Schengen e outros três Estados não Membros também participam.

¹⁷⁸http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/combating: Cria no período de 2007 a 2013, no âmbito do Programa Geral sobre Direitos Fundamentais e Justiça, o programa específico “Justiça Penal”.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

A par da nova liberdade de circulação de pessoas, bens, serviços e capitais, a U.E. reiterou a necessidade da cooperação judiciária internacional e policial, bem como o reforço da compreensão mútua e a confiança recíproca entre os respetivos sistemas policiais, judiciários, jurídicos e administrativos.

A U.E. reconheceu que o espaço de liberdade e circulação desenvolvido era suscetível de atrair e fomentar a criminalidade organizada, criminalidade grave e transnacional num espaço sem fronteiras em que o controle de pessoas, bens e capitais é inexistente.

Recenseados estes perigos, a Europa despertou para o fenómeno terrorista global, indiscriminado e oculto, evidenciado no dia 11 de setembro de 2001. A nova realidade criminal veio reforçar ainda mais as tendências restritivas com a redução ou neutralização de algumas garantias e potencial lesividade e devassa de direitos fundamentais.

Os novos fenómenos criminais – crime organizado, terrorismo transnacional ou global – concentraram desafios especiais que a sociedade teve de combater com uma política-criminal distinta da utilizada para a criminalidade caracteristicamente individual ou grupal e, tendencialmente, nacional. A criminalidade global dotada de meios humanos e financeiros abundantes, caracterizada por uma acentuada ofensividade criminosa e motivação inexorável, revelou-se suscetível de fazer perigar os pilares fundamentais das sociedades livres e do próprio Estado de direito. A organização complexa, difusa, celular, hierárquica e, muitas vezes, o dever de obediência ilimitada, representam obstáculos intransponíveis para as instâncias de controlo formal que na demanda parecem *litigare cum ventis*.

Assim, consideramos que, perante o novo contexto criminal global, a legislação adotada por Portugal, nomeadamente a Lei 101/2001, se revela necessária, indispensável e adequada para a investigação criminal da criminalidade organizada.

Concordamos com a utilização restrita, ao tipo de criminalidade supra enunciado, e, como afirma Costa Andrade, “*pensada, institucionalizada e aplicada aos casos da vida na medida em que for concretamente compatível com a Rechtskultur do processo penal do Estado de Direito e não puser em causa aquilo que, naquele processo, persiste como indisponível (Unverfügbares)*”¹⁷⁹.

¹⁷⁹Costa Andrade, Que Futuro Para o Direito Processual Penal, p. 539.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

O legislador nacional equacionou e ponderou corretamente o problema e a solução constitucional e jurídico substantiva-adjetiva ao prever que as restrições a direitos fundamentais de terceiros devem obedecer a requisitos muito estritos: princípio da proporcionalidade (e dos subprincípios da adequação e da necessidade ou exigibilidade); absoluta ineficácia de todos os outros meios de obtenção da prova; catálogo de crimes que admite a utilização da figura; controle jurisdicional, pela autoridade judiciária competente, nas várias fases do inquérito; responsabilização penal do agente nos casos previstos no diploma.

A figura do agente encoberto não é consensual e gera muita desconfiança. Contudo, não tenhamos dúvidas que é um instrumento que veio para ficar e a sua utilização é imprescindível para a segurança do próprio Estado de Direito, *maxime* perante a criminalidade organizada.

4. A DOUTRINA E A JURISPRUDÊNCIA NACIONAL

A doutrina nacional tem questionado as ações encobertas, sobretudo no plano jurídico-normativo, atribuindo particular enfoque às questões de âmbito material adjetivo e substantivo que podem ocorrer no seu decurso. Com relação direta a esta última questão coloca-se a especial dificuldade que, por vezes, pode existir para definir a linha, extremamente ténue e imbricada, que separa o infiltrado do provocador.

A ação encoberta conduz inevitavelmente o indivíduo para um contexto potencialmente criminoso onde tem de desenvolver relações pessoais e sociais de grande proximidade. A confiança e correlação com os agentes criminosos são potenciadoras, não raras vezes, da transposição de limites que podem colocar reservas quanto à sua intervenção. É neste contexto que a doutrina e jurisprudência vão debater a sua delimitação e justificação na conjuntura nacional.

Segundo a opinião de Alves Meireis, tem por agente provocador: *“aquele que, sendo um cidadão particular ou agente policial convence outrem à prática de um crime não querendo o crime a se, e, sim, pretendendo submeter esse outrem a um processo penal e, em último caso, a uma pena¹⁸⁰”*. Na situação de agente infiltrado *“...aquele agente de autoridade ou cidadão particular (mas que atue de forma concertada com a polícia) que, sem revelar a sua identidade ou qualidade e com o fim de obter provas para a incriminação do(s)*

¹⁸⁰ Alves Meireis, O regime das provas obtidas pelo agente provocador em processo penal p. 155.

*suspeito(s) , ou então simplesmente, para a obtenção da notitia criminis , ganha a sua confiança pessoal, mantendo-se a par dos acontecimentos , acompanhando a execução dos factos, praticando atos de execução se necessário for, por forma a conseguir a informação necessária ao fim a que se propõe*¹⁸¹”.

Para Costa Andrade, que coloca esta figura na constelação dos “homens de confiança”, a figura do provocador é reconduzível à situação em que “ *a intervenção do homem de confiança se limita a provocar uma pessoa ao consumo v.g., de estupefacientes com o fim exclusivo de, como tal – sc., como mero consumidor- o perseguir penalmente*”. Distinto será o caso em que o “*homem de confiança prossiga finalidades exclusivas ou prevalentemente preventivas*”. Será, concretamente, assim sempre que a perseguição de eventuais agentes, lograda através de homem de confiança, se integre em programas de repressão e desmantelamento do terrorismo, da criminalidade violenta ou altamente organizada. De outra forma, deixar-se-ia a sociedade desarmada face a manifestações tão drásticas e intoleráveis de criminalidade. Ou, em alternativa – risco não menos sério e de consequências não menos perversas e indesejáveis – induzir-se-ia o recurso a formas incontroláveis de resposta¹⁸²”, conclui o Costa Andrade.

Segundo Mário Monte, a distinção entre agente provocador e agente infiltrado dirige-se no sentido em que o primeiro “ *é, regra geral, repudiado pelos sistemas legislativos, quer pela doutrina ou pela jurisprudência*”, enquanto o segundo é “*geralmente aceite e conotado como homem de confiança*”¹⁸³.

De acordo com as palavras de Germano Marques da Silva, é imperioso efetuar a distinção entre agentes infiltrados e agentes provocadores, os primeiros admissíveis porque a sua atividade não é constitutiva de crime, mas apenas informativa, e, por isso, é de admitir que, **no limite**, se possa recorrer a estes meios de investigação; os segundos são sempre inadmissíveis, porque agentes do próprio crime, e em circunstância alguma se pode admitir que a Justiça atue por meios ilícitos e que o combate à criminalidade se possa fazer por meios criminosos¹⁸⁴.

¹⁸¹ Alves Meireis, O regime das provas obtidas pelo agente provocador em processo penal. p. 163-164.

¹⁸² Costa Andrade, Sobre as proibições da prova em Processo Penal, p.232-233.

¹⁸³ Isabel Oneto, O Agente Infiltrado, p. 125.

¹⁸⁴ Germano Marques da Silva, Curso de Processo Penal II, p. 192.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

A expressão “*no limite*” deve ser interpretada no sentido de “*quando a inteligência dos agentes da justiça ou os meios sejam insuficientes para afrontar com sucesso a atividade dos criminosos e a criminalidade ponha gravemente em causa os valores que à Justiça criminal cabe tutelar*”¹⁸⁵.

De forma sintética no **plano substantivo**, concordando genericamente com as posições reveladas, consideramos que a **distinção entre provocador e infiltrado** pode subsumir-se nos seguintes termos: o **primeiro**, o funcionário da investigação criminal ou terceiro que induz outrem à decisão de cometer um ilícito típico com o objetivo exclusivo de recolher provas e consequente condenação do provocado; assim o agente provocador não se limita a esperar pela prova, ele provoca-a, instigando o criminoso, com o ensejo de obter prova fácil e relevante para desencadear a prossecução penal; o **segundo**, o funcionário da investigação criminal ou terceiro que, em contexto jurídico-legal, participa ou pode participar em factos ilícitos típicos, a coberto de causa de exclusão de responsabilidade penal, com o objetivo de recolher provas e consequente condenação do visado, sem contudo o determinar à prática de crime; assim o escopo é investigar, coligir prova e planos de atuação, para poder antecipar a intervenção e evitar a consumação do crime ou crimes em investigação; o criminoso comete o crime independentemente da atuação do infiltrado já que este atua como uma espécie de recetor de informação na perspetiva de absorver a prova.

No **plano adjetivo** um dos problemas nucleares coloca-se na obtenção, validade da prova produzida e na sua relação com a problemática dos métodos proibidos de prova (art. 126º, n.º 2 al. a, parte final). Neste particular merece atenção especial a expressão “**meios enganosos**” pela sua amplitude e conceito axiológico que o normativo pode comportar¹⁸⁶.

Os métodos proibidos incluem os meios de prova e de obtenção da prova. A proibição de prova é essencialmente dissuasora e impeditiva da violação dos direitos dos

¹⁸⁵ Germano Marques da Silva, Curso de Processo Penal II, p. 193.

¹⁸⁶ Costa Andrade, Sobre as proibições da prova em Processo Penal, p.234- 236: Não será difícil identificar situações em que os meios enganosos significam uma compressão da liberdade tão drástica e intolerável como a resultante de maus tratos ou das demais formas de coação. A par disto não deixarão de subsistir expressões de engano próximas da normal “astúcia” tida como socialmente tolerada e pertinente, de resto, àquele irredutível coeficiente de criminalística própria de toda a atividade de investigação e julgamento. (...) Nesta linha e, por princípio, apenas deverão ter-se como proibidos os meios enganosos “suscetíveis de colocar o arguido numa situação de coação idêntica à dos demais métodos proibidos de prova”. Este deverá ser, pelo menos, o critério privilegiado para a equação e superação dos casos mais duvidosos.

cidadãos - por parte das autoridades públicas ou dos particulares – retirando eficácia às provas obtidas ou produzidas ilegalmente: as provas proibidas não podem ter efeitos no processo¹⁸⁷.

A base legal das proibições de prova e respetivo regime desenvolvido no art. 126º do CPP tem a sua génese no art. 32º, n.º 8 da CRP. O regime criado das proibições absolutas – direitos invioláveis art. 25º da CRP - e das proibições relativas – direitos passíveis de restrições art. 26º e 34, n.º 3 e 4 da CRP – foi acolhido naquele preceito processual. O art.126º, n.º 1 e 2, integra as provas absolutamente proibidas e no n.º 3 as relativamente proibidas. As primeiras nunca podem ser utilizadas, as segundas podem ser utilizadas nos casos previstos na lei, desde que respeitadas as regras estabelecidas na lei para intromissão nos direitos tutelados¹⁸⁸. Esta condicionante legal e processual recorda-nos que a busca da **verdade material** é, no processo penal, um **dever ético e jurídico**.

Existe um dever ético e jurídico de procurar a verdade material. Mas existe também um outro dever ético e jurídico que leva a excluir a possibilidade de empregar certos meios na investigação criminal¹⁸⁹.

Para Alves Meireis “ *o agente infiltrado atua no domínio dos meios de prova relativamente proibidos (art.32º, n.º 8, segunda parte, da CRP e art. 126º, n.º 3 do CPP). Nestes termos, desrespeitado um ou mais pressupostos da licitude do método utilizado, as provas obtidas serão nulas*” (...) *como qualificar a nulidade do n.º 3 do CPP?*¹⁹⁰ “ Segundo este autor, as nulidades de prova obtidas através dos métodos ilícitos previsto no art. 126º, n.º 3 do CPP, são nulidades não sanáveis. Tais provas apenas poderão ser utilizadas exclusivamente nos termos do n.º 4¹⁹¹ (exercício de procedimento criminal contra os agentes que procederam à sua obtenção).

Segundo Costa Andrade, “ *o recurso ao homem de confiança configurará normalmente um meio enganoso, sendo, como tal reconduzível à categoria dos métodos proibidos pelo art. 126º, n.º 2 al. a) do CPP*”. Porém, alerta para a sua admissibilidade na lei do domínio do tráfico de estupefacientes¹⁹².

¹⁸⁷ Germano Marques da Silva, Curso de Processo Penal II, p. 138.

¹⁸⁸ Germano Marques da Silva, Curso de Processo Penal II, p. 140.

¹⁸⁹ <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980578.html> - Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 578/98

¹⁹⁰ Alves Meireis, O regime das provas obtidas pelo agente provocador em processo penal, p. 189.

¹⁹¹ Alves Meireis, op. cit. p. 190.

¹⁹² Costa Andrade, Sobre as proibições da prova em Processo Penal, p.232.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

A **jurisprudência** nacional, desde o exórdio da criação da legislação das ações encobertas, tem sido chamada a decidir sobre questões de caráter formal-procedimental e/ou natureza material substantiva decorrentes da sua aplicação.

Um dos primeiros casos em que a questão foi colocada em Portugal, no ano de 1992, percorreu as várias hierarquias dos tribunais nacionais e foi levado ao conhecimento do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem - TEDH. A decisão final do TEDH, acórdão de 08.06.1998¹⁹³, condenou o Estado Português por atividades de “*provocação*” ao crime, através de agentes da polícia.

A decisão do TEDH tem por objeto a atuação e detenção, pela PSP, de quatro indivíduos suspeitos da prática de tráfico de estupefacientes (Heroína e Haxixe). Um dos detidos referiu ao defensor oficioso ter sido assediado diversas vezes, por dois indivíduos, que só *a posteriori* soube que eram polícias, com o propósito de adquirirem haxixe. Repetidamente referiu-lhes não possuir tal droga. Os “compradores” começaram então a pedir-lhe insistentemente heroína. Da última vez aceitou e foi com eles a casa de Teixeira de Castro. Após insistência, este concordou ir buscar 20 gramas de Heroína, avaliada em 200.000\$00 (1.000€uros aproximadamente). No ato da entrega do estupefaciente são todos presos pelos polícias¹⁹⁴.

A temática do agente provocador tem sido causa para várias decisões do STJ, na maioria dos casos, em questões diretamente relacionadas com o tráfico de estupefacientes, sem dúvida um dos crimes onde a ação encoberta é mais recorrente.

A questão da apreciação jurídica da provocação principia ao nível da primeira instância, e prossegue até aos tribunais superiores para decisão, como sucedeu com o caso julgado no ano de 2001 (06.06.2001) pelo Tribunal Coletivo da Figueira da Foz que decidiu-se pela condenação de cinco arguidos, em penas distintas, pelo crime de tráfico de estupefacientes, p.p. pelo art. 21º, nº 1 da Lei 15/93¹⁹⁵.

Interposto recurso para o STJ, os recorrentes suscitaram várias questões, designadamente a intervenção do agente provocador, figura inadmissível perante a Lei e o

¹⁹³ Acórdão do TEDH de 23-IV1988 (Caso Teixeira de Castro).

¹⁹⁴ Joaquim Loureiro, *Agente Infiltrado? Agente Provocador!* A condenação do Estado Português no TEDH, por acórdão de 08-junho1998, por atividades de provocação ao crime através de agentes da polícia, impôs uma séria reflexão em termos de prática e de soluções legislativas p. 283.

¹⁹⁵ O acórdão em apreço foi uma das primeiras decisões sobre a utilização de agentes encobertos, na vigência do art. 59.º Condutas não puníveis, do DL 15/93, de 22 de janeiro (4º versão), na investigação de tráfico de estupefacientes.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

Estado de direito, alegando serem sendo nulas as provas obtidas, em violação do art. 32º, n.º 8, primeira parte da CRP e do art.126º, n.º 1, 2 e 4 do CPP.

O Tribunal *ad quem* julgou verificado no acórdão do Tribunal Coletivo da Figueira da Foz, o vício previsto na al. a) do n.º 2 do art. 410º do CPP – insuficiência para a decisão da matéria de facto provada – e ordenou o reenvio do processo para esclarecimento dos aspetos tratados na parte 4.2., de III do acórdão, nos termos dos art. 426º e 426-A do CPP.

A questão suscitada é determinar se foram cumpridos os **requisitos formais** para a intervenção de agente infiltrado e ampliar a matéria de facto, em ordem a tomar uma decisão límpida sobre a **validade** ou **invalidade da prova** recolhida através de agentes policiais ou seus colaboradores como agentes infiltrados.

Realizado novo julgamento, agora pelo Tribunal Coletivo de Soure, por acórdão de 08.07.2002, decidiu declarar a **nulidade da prova** obtida nestes autos contra os arguidos e que permitiu a sua detenção porque obtida mediante meio enganoso e absolutamente proibido; decretar, em consequência, a absolvição dos arguidos do crime de tráfico de estupefacientes de que se encontram acusados; imediata restituição à liberdade; devolução aos arguidos dos bens apreendidos, com exceção da cocaína, a qual deverá ser destruída.

A matéria de facto apreciada no **Tribunal Coletivo da Figueira da Foz** e no de **Soure**, em súmula, é a seguinte:

1 – Próximo do dia 10.06.2000, o arguido A, cidadão Português, foi contratado por cidadão Espanhol, em Vigo, para assegurar o transporte de um produto estupefaciente que viria a ser descarregado na costa portuguesa, na área da Figueira da Foz; 2 - A, imediatamente, contactou com B, também português, para em conjunto delinearem o transporte do produto estupefaciente e aluguer de viaturas, pessoas a contactar e todos os demais aprovisionamentos necessários para este tipo de “serviço”; 3 – A contactou dois compatriotas C e D enquanto B contactou o E; Os arguidos B e E deslocaram-se a uma agência de viagens em Vigo onde os aguardavam os arguidos A, C e D; 4 – B procedeu ao aluguer de duas viaturas; 5 - Os cinco, em três viaturas, dirigiram-se para Portugal e num Posto de Combustível da BP juntou-se-lhes um sexto individuo (F) que os acompanharia e orientaria durante a operação; 6 – No dia 14.06.2000, foram desembarcados na comarca da Figueira da Foz, oriundos do Brasil, 36 fardos de Cocaína, com o peso total de 1.105.100 gramas, que logo foram transferidos para uma habitação, nesta cidade; 7 – A habitação em causa estava arrendada, desde 10.06.2000, por dois homens e duas mulheres, não

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

identificados, com o falso pretexto de se destinar ao gozo de férias; 8 – Os seis arguidos estavam incumbidos de proceder à recolha do produto estupefaciente e transportá-lo para o destino previamente definido, presumivelmente Galiza; 9 – No dia 13.06.2000, os seis arguidos junto de uma empresa de aluguer de veículos, em Santiago de Compostela, procederam ao aluguer de três veículos ligeiros que foi pago com o cartão de crédito do arguido B; 9 – Os seis, dirigiram-se para a Figueira da Foz, nos três veículos alugados; 10 – Cerca da 01h00, de 14.06.2000, o arguido A e o F dirigiu-se à habitação, onde estava arrecadada a Cocaína, introduziu parcialmente a viatura na garagem e começou a rasgar os supra mencionados fardos, colocando na bagageira 96 embalagens, de Cocaína, envoltas num revestimento de plástico e borracha, pesando cada uma cerca de 1 Kg; 11 – Nesse entretanto, foi o arguido A detido e o elemento E que o acompanhava retirou-se do local; Os restantes elementos foram detidos, nas proximidades do local, enquanto aguardavam, nas viaturas alugadas em Espanha, para também eles se dirigirem à referida habitação e procederem ao carregamento e transporte da Cocaína nos respetivos veículos; 12 – Aos detidos foram apreendidos vários objetos relacionados com o tráfico de estupefacientes em curso – dinheiro, telemóveis, rádios portáteis e X-atos -; 13 – O produto estupefaciente foi colhido no Oceano Atlântico, através de colaboradores, da Polícia Judiciária, que o conduziram para território Português e acompanharam o desenrolar da investigação e procederam às detenções supra referidas.

O STJ considerou que na matéria de facto provada e apurada no **último julgamento** ficou bem retratada e **percetível a atuação dos agentes** infiltrados, assim:

a) um cidadão Português (S), que decidiu colaborar com a Polícia Judiciária, foi contactado telefonicamente, antes de 24.05.2000, por parte dos proprietários de uma partida de Cocaína e pelos arguidos para se encontrarem e organizar um trabalho ilícito com droga; b) o (S) **propõe-se a colaborar com a PJ e esta aceita a proposta**; c) em 20 ou 21 de maio de 2000, o (S) reuniu-se com um dos arguidos que lhe solicitou a “disponibilização de uma embarcação para rumar a um determinado ponto no Oceano Atlântico, onde se encontraria com outra embarcação que já navegava e transportava uma significativa quantidade de cocaína” (...) “a embarcação disponibilizada por (S) iria transportar a Cocaína até à costa portuguesa e depositada num local que ele teria de disponibilizar, de acordo com informações que iriam sendo fornecidas (...) a Cocaína já navegava por conta dos adquirentes, sediados na Galiza, não identificados”; d) foi **acionado o mecanismo processual** com vista à legitimação

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

da ação de infiltração tendo a P.J. contratado 3 tripulantes (a quem deu indicação da natureza da operação) com a finalidade de efetuar o transporte da droga; e) em 26.05.2000 a embarcação com 7 tripulantes (infiltrados) e um representante do adquirente que devia dirigir toda a operação, uma vez que detinha as coordenadas do ponto de encontro e o número do telefone satélite da outra embarcação; em 02.06.2000 foi efetuado o transbordo da droga, não sendo detido o representante do adquirente por questões estratégicas da investigação, e no dia 10.06.2000 descarregada em Peniche e transportada para a residência, na Figueira da Foz, onde ficou sob vigilância da P.J.; f) em 13.06.2000 os adquirente comunicaram ao (S) que nessa data iriam efetuar o transporte de parte da Cocaína e combinaram encontrar-se na Figueira da Foz; g) em 14.06.2000 os arguidos foram detidos e a droga apreendida.

Pronunciou-se o STJ no sentido de considerar que, neste caso, a matéria de facto fixada veio revelar que: o (S) foi contactado pelos proprietários da **Cocaína** (1.105.100 gramas) quando **esta já estava em circulação** num barco algures no Oceano Atlântico; o (S) **foi contactado pelos proprietários da droga para efetuar o transporte ilícito do estupefaciente, sem que tivesse existido qualquer intervenção policial**, e perante esta proposta tomou a iniciativa de contactar a PJ.

Quando a **PJ desencadeia a ação de infiltração, a operação de importação e distribuição daquela droga na Europa já estava em marcha** e haviam sido os seus proprietários a procurar o principal infiltrado; foram os proprietários da Cocaína que acertaram os pormenores da operação de transbordo e transporte da droga e colocaram um representante no barco para dirigir toda a operação e era ele quem detinha as coordenadas do ponto de encontro e o número de telefone satélite da outra embarcação.

Os proprietários da droga escolheram e mandaram emissários para efetuar o arrendamento desta. Foram aqueles, proprietários, que decidiram o momento e os meios a utilizar no transporte da Cocaína para Espanha.

Como se vê desta nova síntese da matéria apurada, **não só o(s) agente(s) infiltrado(s) não induziram ninguém a praticar um crime de importação de cocaína por Portugal com envio para Espanha e distribuição pela Europa, pois que esse projeto já estava em marcha quando aquele que viria a ser agente infiltrado foi contactado**, como nunca deixaram de ter os seus **autores do domínio do facto**: obtiveram a cocaína e iniciaram o seu transporte, escolheram o meio de introdução em Portugal e o momento em que tal ocorreria, eram os únicos a conhecer a posição da embarcação que o transportava, e o

respetivo número e telefone, decidiram a localidade onde devia a droga ser depositada, aprovada através de um casal enviado propositadamente à casa para onde deveria ser levada, escolheram o momento e o meio de transporte da cocaína para a Espanha.

É certo que, graças à ação de infiltração, a **Polícia Judiciária vigiava a droga esperando poder detê-los** quando a fossem levantar. Mas **esse é o objetivo lícito da atuação do agente infiltrado**, como se viu profusamente.

Como já se viu, e o entendeu o Tribunal Constitucional, «do ponto de vista da legitimidade constitucional da intervenção do agente infiltrado, é, assim, relativamente indiferente que, contra determinado sujeito, esteja ou não a correr termos um inquérito. **O que verdadeiramente importa**, para assegurar essa legitimidade, é que o **funcionário de investigação criminal não induza ou instigue o sujeito à prática de um crime que de outro modo não praticaria ou que não estivesse já disposto a praticar**, antes se limite a ganhar a sua confiança para melhor o observar, e a colher informações a respeito das atividades criminosas de que ele é suspeito. E, bem assim, que **a intervenção do agente infiltrado seja autorizada previamente ou posteriormente** ratificada pela competente autoridade judiciária».

Conclui-se, assim, **não ter sido a prova produzida sobre o crime obtida através de meio enganoso e como tal absolutamente proibido**, pelo que não pode manter a declaração da sua nulidade efetuada na decisão recorrida e em consequência revogar o acórdão recorrido. A procedência do recurso e a declaração da validade da prova produzida, impõe que seja a matéria de facto apurada subsumida ao direito, qualificada juridicamente e, sendo o caso, determinadas as penas aplicáveis¹⁹⁶.

O Coletivo do Tribunal Judicial de Soure repetiu o julgamento e considerou provada a matéria de facto e de direito, considerando válida a prova obtida com utilização de agente encoberto, por acórdão proferido em 12.10.2004, que não foi objeto de recurso¹⁹⁷.

Sobre a mesma questão no Proc. n.º 3349/05 - 3.ª Secção - o STJ decidiu que: I - Não ocorre nulidade, por omissão de pronúncia, se o Tribunal da Relação não limitou os seus poderes de cognição ao texto da decisão recorrida, em exame dirigido à apreciação da perfeição da decisão sobre a matéria de facto ou à deteção de algum dos vícios previstos no

¹⁹⁶ <http://www.stj.pt/ficheiros/jurisp-sumarios/criminal/criminal2003.pdf> Acórdão do STJ Proc.02P4510 de 08.07.2002.

¹⁹⁷ NUIPC 106/0.6JELSB Acórdão de Setença proferido em 12.10.2004.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

n.º 2 do art.410.º do CPP, mas ajuizou cada um dos meios de prova produzidos, conjugou-os uns com os outros, cotejou-os com a prova que os recorrentes apresentaram como favorável às suas pretensões, mas, contrariamente a estas, decidiu que era correta a decisão impugnada.

II - A ilegitimidade e inadmissibilidade da prova obtida por via do agente provocador - o agente policial ou o particular por ele comandado que induz outrem à prática do crime para facilitar a recolha de provas da ocorrência do ato criminoso - «é inquestionável... pois seria imoral que, num Estado de Direito, se fosse punir aquele que um agente estadual induziu ou instigou a delinquir». Uma «tal desonestidade seria de todo incompatível com o que, num Estado de Direito, se espera que seja o comportamento das autoridades e agentes da justiça penal, que deve pautar-se pelas regras gerais da ética». **Nada terá de ilegítimo**, no entanto, a conduta do funcionário de investigação criminal, **desde que não induza ou instigue o agente à prática de um crime** que de outro modo não praticaria ou que já não estivesse disposto a praticar, porquanto em tais situações não se vê em que é que essa atuação represente grave limitação da liberdade de formação e manifestação da vontade do arguido (Vital Moreira e Gomes Canotilho, Constituição da República Portuguesa, 3.ª ed., pág. 207, e Costa Andrade, Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal, pág. 216) - cf. o Ac. TC n.º 76/01, de 14.02, proc. n.º 508/99.

III - Neste sentido decidiu o STJ, entre outros nos Acs. de 09-06-05, proc. n.º 1015/05-3, de 06-05-04, proc. n.º 1138/04-5, de 30-10-02, proc. n.º 2118/02-3, de 20-02-03, proc. 4510/02-5, reconhecer como sendo pacífica aquela ideia de que é preciso distinguir os casos em que a atuação do agente provocador cria uma intenção criminosa até então inexistente, dos casos em que o sujeito já está implícita ou potencialmente inclinado a delinquir e a atuação do agente apenas põe em marcha aquela decisão. Isto é, importa **distinguir** entre a criação de uma oportunidade com vista à realização de uma **intenção criminosa**, e a **criação dessa mesma intenção**.

IV - Se a coarguida *S* efetuou voluntariamente um telefonema para o coarguido *B* solicitando-lhe mais quantidade de estupefaciente, constando da matéria de facto que este, no momento do telefonema, já detinha a droga - o que já o constituía autor do crime por que foi condenado - e que a intenção da sua venda já existia, apenas tendo sido precipitada por via daquele contacto, não se vê em que é que o telefonema se traduziu em grave e intolerável limitação da liberdade de formação e manifestação da vontade do arguido, faltando pois o

suporte da ilegalidade e inadmissibilidade da prova obtida pela atuação de agente provocador.¹⁹⁸

Chamado a decidir sobre esta temática, o Tribunal Constitucional¹⁹⁹ tem-se pronunciado em vários arestos sobre a utilização das ações encobertas e a sua conformidade com a Constituição e o CPP, designadamente a norma do n.º 8, do art. 32º da CRP e do art. 126º do CPP.

O **Acórdão 578/98** do TC sobre este tema vem esclarecer que: *“Há que dizer, antes de mais nada, que a verdadeira questão de constitucionalidade a coloca a própria utilização de **agentes infiltrados** na investigação criminal, pois tem que reconhecer-se que o recurso a uma tal técnica de investigação representa sempre o emprego de alguma deslealdade. E isso leva certa doutrina a apodar de imoral e desonesto o comportamento das instâncias da justiça criminal que lançam mão desse método oculto de investigação, sublinhando que ele é capaz de pôr em causa a dignidade, a cultura jurídica e a legitimação do processo penal. (...) “A técnica do agente infiltrado comporta, contudo, perigos vários: desde logo, se o funcionário de investigação criminal encarregado dessa missão não for pessoa de sólida formação moral e firmeza de caráter, pode facilmente deixar-se envolver nas atividades criminosas que investiga; depois, entre a atividade do agente infiltrado, que, disfarçadamente, procura ganhar a confiança dos suspeitos, para melhor os observar e obter informações sobre a sua atividade delituosa, e a do agente provocador, que induz à prática do crime, a diferença é, por vezes, bem ténue. Ora, é inquestionável a inadmissibilidade da prova obtida por agente provocador, pois seria imoral que, num Estado de Direito, se fosse punir aquele que um agente estadual induziu ou instigou a delinquir.*

*(...)Não obstante os perigos que comporta a utilização de agentes infiltrados, e a dose de deslealdade que nela vai implicada, considera-se hoje que, estando em causa certo tipo de criminalidade grave (terrorismo, tráfico de droga, criminalidade violenta ou organizada), é impossível renunciar ao serviço do **undercover agent**. Está-se em domínios em que os interesses que se entrecruzam são de tal ordem, e os meios, de que os criminosos dispõem, tantos e tão sofisticados, que a sociedade quase se sente impotente para dar*

¹⁹⁸Consultar <http://www.stj.pt/ficheiros/jurisp-sumarios/criminal/criminal2005.pdf> Acórdão do STJ Proc. n.º 3349/05 - 3.ª Secção 30-11-2005

¹⁹⁹No mesmo sentido e sobre a mesma temática ver, para além do citado Acórdão 578/98, Acórdão 76/2001, todos do Tribunal Constitucional (<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>)

*combate a tal criminalidade. E, por isso, aceita-se aqui alguma **excepcionalidade** no modo de obter as provas.*

(...)Do ponto de vista da legitimidade constitucional da intervenção do agente infiltrado, é, assim, relativamente indiferente que, contra determinado sujeito, esteja ou não a correr termos um inquérito. O que verdadeiramente importa, para assegurar essa legitimidade, é que o funcionário de investigação criminal não induza ou instigue o sujeito à prática de um crime que de outro modo não praticaria ou que não estivesse já disposto a praticar, antes se limite a ganhar a sua confiança para melhor o observar, e a colher informações a respeito das atividades criminosas de que ele é suspeito. E, bem assim, que a intervenção do agente infiltrado seja autorizada previamente ou posteriormente ratificada pela competente autoridade judiciária”.

Assim, somos de opinião que em matéria das ações encobertas as decisões dos tribunais superiores portugueses (STJ e TC) têm sido orientadas pelas seguintes asserções: as ações encobertas estão **legitimadas** desde que o funcionário da investigação **não induza** ou **instigue** o sujeito à prática do crime; a **autorização** e **controlo** são da exclusiva competência da **autoridade judiciária** na fase de inquérito ou prevenção criminal; a sua **aplicação** deve restringir-se à **criminalidade grave** (terrorismo, criminalidade organizada, tráfico de estupefacientes e/ou armas etc); por princípio, apenas deverão ter-se como proibidos os meios enganosos “suscetíveis de colocar o arguido numa situação de coação idêntica à dos demais métodos proibidos de prova”; este deverá ser, pelo menos, o critério privilegiado para a equação e superação dos casos mais duvidosos.

5. A DOUTRINA E A JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL

A doutrina e a jurisprudência internacional dedicam especial atenção à problemática da provocação e eventual responsabilidade penal do agente encoberto pelo impacto provocado na comunidade social e jurídica.

O tema serviu para, de novo, se perceber as substanciais diferenças que os sistemas jurídicos da *civil law* e da *common law* representam pois, como afirma Alves Meireis, “ (...) a sua característica fundamental (*commom law*) consiste em identificar como epicentro da problemática o **provocado**, ao invés dos países *civil law* que colocam o centro da

problemática no agente provocador. (...) se neste último sistema é o provocado que desempenha um papel acessório ..., já no direito americano é o significado do provocador que é reduzido ao mínimo para a qualificação da figura jurídica do provocado no que respeita ao seu destino processual²⁰⁰».

Este percurso já fora enunciado por Costa Andrade ao considerar que “ (...) nos Estados Unidos tende a privilegiar-se a dimensão processual como sede de proclamação e de tutela. Em geral, os direitos fundamentais começaram por fazer garantias contra a intervenção abusiva das instâncias de perseguição criminal, só num segundo momento, e de forma derivada, vindo a ganhar significado material substantivo. Na experiência histórico-cultural e jurídica germânica é, inversamente, claro o primado da vertente substantiva. Aqui é só de forma reflexa e complementar que a tutela processual intervém e acaba por ganhar autonomia²⁰¹”.

A problemática do provocado nos Estados Unidos resultou na criação e desenvolvimento da doutrina do *entrapment defense*, focada essencialmente na predisposição do provocado – *state of mind* – para cometer o crime. O tratamento dado à figura passou a ser reconhecido como o modelo **subjetivo** que procura comprovar se o provocado já tinha predisposição para cometer o crime ou se esta foi instigada pela polícia para o cometimento. Em contraste com o modelo subjetivo corre o modelo **objetivo** que, concentra a sua atenção no modo de atuar da instância formal, pretende apurar os termos da intervenção policial e do impacto que produziu no provocado. Neste caso, a análise centra-se na atuação da polícia e dos meios e métodos que esta possa utilizar para levar o provocado a cometer um crime que noutras circunstâncias nunca cometeria²⁰².

Na jurisprudência internacional o tema das ações encobertas tem sido amplamente debatido e objeto de múltiplas decisões de tribunais inferiores e superiores que têm concentrado a sua atenção, essencialmente, na verificação da legalidade prévia da ação encoberta, na predisposição para cometimento do crime e no controle do comportamento policial durante a sua intervenção.

Neste particular os Estados Unidos, nos anos 30 do século passado, pelo *Supreme Court*, produziram alguns acórdãos que serviram de referência nos seus tribunais pela

²⁰⁰ Alves Meireis, O Regime das Provas Obtidas pelo Agente Provocador em Processo Penal, p. 95.

²⁰¹ Costa Andrade, Sobre as proibições da prova em Processo Penal, p.137.

²⁰² Gary T. Marx, Undercover Police Surveillance in America, p. 188.

aplicação das *exclusionary rules*²⁰³. Porém, esta opção não restringiu os seus efeitos àquele país pois a influência que provocou, designadamente nos sistemas jurídicos ocidentais, continua presente em muitas decisões jurisprudenciais atuais.

A primeira decisão jurisprudencial do *Supreme Court*, dos Estados Unidos, sobre esta matéria verificou-se no caso *Sorrells v. United States*, 287 U.S. 435 (1932)²⁰⁴, na qual aquele órgão superior fixou que: se uma **lei penal** produzir **resultados contrários** à sua finalidade e for **flagrantemente injusta**, se possível, deve ser adotada uma nova construção; não se pode aplicar a lei que interdita e criminaliza a venda de álcool se o **vendedor é instigado, por um agente policial**, a praticar aquele crime e daí resultar a sua detenção e punição; a conduta anterior do instigado não é uma razão válida para se aceitar a provocação. A apreciação feita pelo Supremo conclui, pela primeira na história judicial Americana, que a conduta do agente policial ultrapassara os limites do permitido pela lei, reconhecendo que a prática do agente governamental configurava claramente uma **instigação ao crime - entrapment** -.

O Supremo Tribunal considerou que “uma pessoa inocente, sem predisposição para cometer crime, foi seduzida reiteradamente, por uma falsa amizade, para levar a efeito esse ato criminoso”, argumentos que configuram claramente o conceito de *entrapment subjective* e concluiu a sua apreciação com a observação de que “os Tribunais devem estar fechados para o julgamento de um crime instigado por agentes do próprio governo”.

Sobre o mesmo género de questão, *Supreme Court*, em 1992, no caso *Jacobson v. United States* (No. 90-1124. *Arguede November 6, 1991 – Decided April 6, 1992*, pronunciou-se pela primeira vez sobre um caso de aquisição de pornografia de menores, no âmbito do *The Child Protection Act*²⁰⁵ of 1984 que criminalizava a receção pelo correio de atos sexuais explícitos de crianças.

²⁰³ As *exclusionary rules* decorrem do cumprimento da Lei Constitucional – Fourth Amendment – e de um conjunto de princípios, normas e práticas jurisprudenciais que impedem a utilização das provas que não respeitem os direitos do suspeito. Na essência correspondem a um “sistema americano das proibições de prova” que tem de ter em consideração o carácter federal e estadual da revelação e aplicação das normas.

Fourth Amendment to the United States Constitution

The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized

²⁰⁴Gary T. Marx, *Undercover Police Surveillance in America*, p. 30.

Esta Lei veio criminalizar o envio de fotos de menores nus ou em atividades sexuais já que antes apenas estava criminalizada a revenda deste tipo de material.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

No ano de 1985, o serviço postal dos Estados Unidos (USPS) desenvolveu uma operação para manter sob controlo os produtores e distribuidores de material desta natureza. Foram remetidos mail's para destinatários que tinham recebido aquele tipo de imagens antes da publicação da lei (CPA). Entre os destinatários estava *Keith Jacobson*, 56 anos, que, no ano anterior, adquirira duas revistas de pornografia de menores, numa loja de adultos em S. Diego, Califórnia.

Os investigadores do USPS enviaram-lhe uma carta, de uma organização fictícia, na qual referiam “... o direito de ler o que desejamos, direito de discutir interesses semelhantes com aqueles que partilham a nossa filosofia, o direito de buscar prazer sem restrições que lhe é imposto pela moralidade puritana ultrapassada.”. Foi incluído um questionário para avaliar o interesse do questionado sobre o interesse em parafilias diversas, incluindo pedofilia e efebofilia. *Jacobson* indicou um interesse acima da média no segundo tema, especialmente entre os homens, mas opôs-se à primeira. A USPS considerou-o um alvo sem interesse e abandonou o caso.

Algum tempo depois, outro investigador da USPS decidiu enviar um novo mail, de uma organização fictícia, com referências a sexo com jovens. *Jacobson* manifestou interesse na sexualidade adolescente, pediu mais informação e solicitou sigilo sobre o seu nome. Foi contactado por nova organização fictícia fundada para “proteger e promover a liberdade sexual e liberdade de opção”. *Jacobson* respondeu que aquelas liberdades estavam sob ataque da direita fundamentalista. Na resposta, *Jacobson* recebeu uma suposta lista de pessoas na sua área com os mesmos “interesses”, porém nunca escreveu ou contactou com nenhum deles.

O investigador da USPS escreveu, novamente, referindo estar interessado em representações (imagens) de atos sexuais entre meninos – boa aparência e no final da adolescência e início dos 20 anos – “fazendo coisas juntos”. Nem um nem outro fizeram referências explícita a materiais pornográficos e *Jacobson* parou de escrever ao fim de duas cartas. A USPS voltou a abandonar o caso.

Em março de 1987, os serviços Alfândegários dos Estados Unidos enviaram material do mesmo tipo, alegadamente do Canadá, para *Jacobson* e outros da lista da USPS. Foi-lhe remetido um catálogo de uma empresa - *Far Eastern Trading Company*– com um escrito que lamentava a violação das liberdades sexuais. Desta vez *Jacobson* solicitou uma revista, publicitada no catálogo, com o título *Boys Who Love Boys*, com idades entre 11 e 14 anos,

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

que apresentava todas as maneiras imagináveis de sexo – masturbação, anal, oral -. Se gosta de meninos – em leituras futuras – ficará deliciado.

Em 16 de junho de 1987, 26 meses após o primeiro contacto, recebeu uma notificação para ir receber a encomenda de *Boys Who Love Boys*. Estava a ser vigiado, foi detido e a sua casa alvo de busca.

O *Supreme Court (Jacobson v. United States (No. 90-1124. Argued November 6, 1991 – Decided April))* considerou que não fora produzida prova de que *Jacobson* estava predisposto a violar a lei, ao receber pornografia infantil, independentemente dos atos do governo para além de uma dúvida razoável. Na aplicação zelosa da lei, os agentes não podem implantar na mente de uma pessoa inocente a disposição para cometer o crime e, em seguida, levar o Estado a processá-la, assim sucedera no caso *Sorrels*. No caso de *Jacobson*, durante 26 meses, foi alvo de repetidas induções ao cometimento do crime e não foi provada a sua predisposição para esse ato.

O recebimento das revistas apenas revela uma inclinação genérica para agir dentro de uma faixa muito ampla em que nem tudo é criminoso. As respostas ao inquérito realizado demonstram certas opções pessoais, mas não são suficientes para afirmar que pretendia violar a *Child Protection Act*.

Concluiu o Tribunal que, para além de uma dúvida razoável, não lograram que *Jacobson* possuísse o requisito da **predisposição**, antes da intervenção do Governo, e que ela existisse independentemente das muitas e variadas abordagens do Governo perante ele.

Sobre este tema podemos ainda citar o acórdão do Supremo Tribunal Espanhol, STS 7815/2007²⁰⁶, no qual deliberou sobre a atuação do **agente encoberto**. A sentença do tribunal *a quo* condenou um grupo de oito indivíduos a penas de prisão pela prática de crimes contra a saúde pública (tráfico de estupefacientes). Os recorrentes recorreram a terceiro – seu conhecido que foi declarada testemunha protegida – para a aquisição de produtos químicos utilizados na adulteração daquele produto. A testemunha convenceu os recorrentes a aceitarem outra pessoa para adquirirem as substâncias químicas. Aceite pelos recorrentes a sugestão, contactou as autoridades policiais, que introduziram um agente encoberto, na organização, seguindo os procedimentos legais exigidos para o efeito.

²⁰⁶<http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp> , consultado no dia 28.08.2013.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

O agente encoberto, com dinheiro da organização, já recebido pela testemunha protegida, compra e entrega os produtos químicos aos membros da organização que os utilizaram na adulteração do estupefaciente. Cerca de 15 dias depois os membros da organização são detidos pelo crime de tráfico de estupefacientes e seis são condenados a pena de prisão efetiva.

Os recorrentes consideram, entre outros, que a intervenção da testemunha protegida é mais própria de um agente encoberto; segundo que a utilização do agente encoberto foi irregular.

O Supremo Tribunal decidiu que quando a testemunha protegida foi contactada pela organização **já estava em curso** uma resolução criminosa previamente estabelecida. Quando a testemunha deu a *notitia criminis* à Polícia, a organização já decidira a compra dos produtos químicos e já entregara o dinheiro para a aquisição. O que se solicitou exclusivamente à testemunha foi para que sugerisse uma terceira pessoa que veio a ser o agente encoberto. Por isso a sua intervenção deve ser considerada legal.

A alegada **irregularidade** na atuação do agente encoberto reduz-se à falta de conhecimento da peça processual – separada – em que foi autorizada judicialmente a utilização deste método de investigação. A sua intervenção no julgamento foi autorizada, mas recusada a divulgação da identidade verdadeira, como pretendiam as partes recorrentes, por colocar em risco a sua vida e segurança pessoal. Para o Tribunal a sua atuação, como agente infiltrado, não tem por objetivo ser **fonte de prova** dos factos (apesar de não estar impedido de sê-lo) mas sim proporcionar factos e elementos de convicção para desarticular a organização criminal (matrículas de viaturas, identificação de moradas, encontros e contactos, telefones utilizados, existência do laboratório e produtos estupefacientes etc).

Justificando a legalidade da intervenção da testemunha protegida, que para os recorrentes atua como agente infiltrado/provocador, o Tribunal *ad quem* invoca as decisões do mesmo Tribunal²⁰⁷ STS 848/2003, STS 1114/2002, STS 1992/1993, concluiu que no caso concreto “**não pode falar-se de delito provocado, mas, sim, de delito comprovado**”.

Na doutrina e jurisprudência internacional a intervenção do agente encoberto tem suscitado abordagens distintas, mas que se podem considerar convergentes na preocupação de impor limites legais que se manifestam essencialmente no plano substantivo ou adjetivo. De

²⁰⁷ Sobre esta temática ver também o acórdão STS 3742/2012 disponível no site identificado na nota de rodapé precedente.

acordo com a caracterização do problema no respetivo sistema jurídico normativo, a resposta final resulta da **conduta do provocado** ou **do provocador** e, por isso, equacionada de acordo com os princípios do sistema penal.

No sistema jurídico da *commom law*, caracterizado pelo princípio da oportunidade e tradição jurisprudencial, a questão nuclear para apreciar incide na formação da vontade de praticar o ato, por conseguinte, na **predisposição** da pessoa para cometer o crime. Este modelo identificado pelo elemento **subjetivo** (em oposição ao modelo objetivo focado no comportamento da polícia²⁰⁸) releva fundamentalmente o caráter e a presumível predisposição para a prática do crime. Predisposição, não sendo fácil de definir, pode ser considerada como a vontade livremente formada para cometer o crime independentemente da natureza da persuasão ou provocação utilizada pelo provocador no provocado.

No modelo objetivo a questão nuclear está focada no comportamento policial. O objetivo principal é desencorajar as condutas policiais impróprias sem, contudo, se concentrar na atividade policial e na responsabilização penal pela conduta optada. Não obstante a preocupação de desencorajar as condutas reprováveis da investigação policial, neste sistema a *ratio essendi* não é a eventual conduta censurável do provocador.

Concluimos assim que a fórmula **subjetiva** requer: (1) os agentes do governo **provoquem** o desejo criminal (o provocado não tinha predisposição para cometer o crime); (2) coloquem esse **desígnio** na mente do provocado (criando a disposição para considerar cometer o crime); (3) **induzam** o provocado a cometer o crime (de outra forma o provocado não cometeria o crime); (4) resultado final é **a improcedibilidade** da prossecução penal. Para a fórmula **objetiva**: (1) os agentes do governo induzem a criação de um **risco** substancial na pessoa inocente (aquela que não tem predisposição para cometer o crime) que a conduz à realização do crime (2) o **valor** supremo das **instituições** é a confiança e segurança que estas representam para os cidadãos; (3) a **não** previsão da **responsabilidade penal** do provocador; (4) o resultado final da intervenção ilegal resulta na **invalidação** da prova e não punição do provocado. Neste concreto o destaque vai para a conduta dos agentes do governo e não para a conduta e predisposição do provocado.²⁰⁹

²⁰⁸ Sobre o modelo – subjetivo e objetivo – cfr. pag. 101, ²⁰⁸ Alves Meireis, O regime das provas obtidas pelo agente provocador em processo penal.

²⁰⁹ Jay S. Albanese, Organized Crime in Our Times, p. 324.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

Já o direito **européu-continental**, designadamente o direito germânico utilizado como paradigma nesta temática, aspira a uma construção sistemática das proibições de prova²¹⁰.

As normas constitucionais em que os autores, doutrina e jurisprudência alemã, esteiam a dogmática e o regime das *Beweisverbote* têm a estrutura de enunciados substantivos de direitos de personalidade, em geral, e da privacidade ou intimidade, em particular. O Tribunal Constitucional Federal (Alemão) tem privilegiado dois tópicos argumentativos: o enunciado de direitos de personalidade, por um lado, e a invocação da ponderação de interesses como legitimação possível do seu sacrifício, por outro lado. Exemplo desta preocupação é a teoria dos três graus²¹¹, especialmente pensada para a área específica dos meios de prova que contendem com a privacidade e segredo, uma construção de clara valência substantiva do Tribunal Constitucional.

Na **Alemanha** não é permitida a realização de delitos no decurso da ação encoberta. A saída legal encontrada pelo infiltrado, forçado a praticar delitos durante a intervenção, é, então, a invocação de uma causa de justificação ou exclusão da culpa²¹².

Em sentido divergente a **Espanha**²¹³ que prevê uma causa de escusa absolutória fortemente associada ao princípio da proporcionalidade. Neste caso o agente infiltrado apenas será isento da responsabilidade penal se ficar demonstrado que as suas ações foram consequência necessária da investigação e proporcionais aos fins que buscavam. Cumulativamente exige-se que o agente infiltrado não possa ser considerado provocador do crime²¹⁴.

²¹⁰Costa Andrade, Sobre as proibições da prova em Processo Penal, p.p. 135 e ss.

²¹¹Costa Andrade, Sobre as proibições da prova em Processo Penal, p. p. 94-96: A teoria dos três graus distingue três áreas ou esferas da vida privada: em primeiro lugar, está esfera da intimidade, área nuclear, inviolável e intangível da vida privada, protegida por isso contra qualquer intromissão das autoridades ou dos particulares e, por isso, subtraída a todo o juízo de ponderação e interesses; em segundo lugar, a área normal da vida privada (...) erigida em autónomo bem jurídico pessoal e como tal protegida pela Constituição como pelo direito ordinário (...) o seu sacrifício em sede de processo penal estará, por isso, legitimado sempre que necessário à salvaguarda de valores ou interesses superiores, respeitadas as exigências do princípio da proporcionalidade; em terceiro e último lugar é possível referenciar a extensa e periférica área da vida normal de relação em que, apesar de subtraída ao domínio da publicidade, sobreleva de todo o modo a funcionalidade sistémico-comunitária da própria interação.

²¹² Cfr. Secção 2 A figura nos diversos sistemas jurídicos.

²¹³ Cfr. Secção 2 A figura nos diversos sistemas jurídicos

²¹⁴ Artigo 282,bis, 5 da Ley de Enjuiciamiento criminal: El agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito.

Em relação à prática de condutas criminosas pelo agente infiltrado durante a intervenção, o Código Penal **Francês** prevê um conjunto de práticas criminosas que não implica a responsabilidade penal²¹⁵. Contudo, está expressamente vedado, da parte do infiltrado, o incitamento ao cometimento de práticas criminosas que tem como consequência a nulidade da intervenção²¹⁶.

Síntese Intercalar

A criminalidade organizada e emergente, nomeadamente no tráfico de droga, foi o pretexto supremo para a utilização de agentes encoberto na Europa Central, na década de 70, reproduzidos a partir das intervenções da DEA em solo Europeu. A sua utilização na Holanda serviu de exemplo para outros países Europeus (Alemanha, França e Espanha) que implementarem o método investigatório e necessária legislação que previa designadamente a sua utilização quando estava em causa criminalidade grave ou organizada. As novas medidas de investigação obtidas sob previsão legal, passaram a desenvolver-se com intervenção e controle da autoridade judiciária e consideradas meio ou técnica de investigação excepcional (princípio da subsidiariedade), apenas possível de utilização quando todos os outros se mostrarem ineficazes no caso concreto.

A importação do modelo (*undercover*) do sistema jurídico da *commom law* foi, necessariamente, motivo para a abordagem da figura nos Estados Unidos e Inglaterra, país onde a ação encoberta utiliza a sugestiva designação de *Covert Human Intelligence Source (CHIS)*.

Introduzido o tema do agente encoberto na contemporaneidade, prosseguimos para a fase de desenvolvimento da figura em diversos sistemas jurídicos. A opção por Espanha, França, Alemanha, Holanda, Inglaterra e Estados Unidos funda-se no facto dos quatro

²¹⁵Code de Procédure Penal: Article 706-82 Les officiers ou agents de police judiciaire autorisés à procéder à une opération d'infiltration peuvent, sur l'ensemble du territoire national, sans être pénalement responsables de ces actes :1° Acquérir, détenir, transporter, livrer ou délivrer des substances, biens, produits, documents ou informations tirés de la commission des infractions ou servant à la commission de ces infractions ;

2° Utiliser ou mettre à disposition des personnes se livrant à ces infractions des moyens de caractère juridique ou financier ainsi que des moyens de transport, de dépôt, d'hébergement, de conservation et de télécommunication.

L'exonération de responsabilité prévue au premier alinéa est également applicable, pour les actes commis à seule fin de procéder à l'opération d'infiltration, aux personnes requises par les officiers ou agents de police judiciaire pour permettre la réalisation de cette opération.

²¹⁶ Cfr. Secção 2 A figura nos diversos sistemas jurídicos.

primeiros apresentarem soluções jurídico-normativas próximas da legislação nacional que, contudo, é posterior à destes países. A opção relativamente a Inglaterra e Estados Unidos é fundamental para se compreender as diferenças fundamentais entre sistemas (*commom law e civil law*) no tratamento da figura e questões jurídico-legais e policiais.

Releva-se para o estudo que, enquanto nos países da *civil law* a intervenção judicial é obrigatória para a autorização e controle da ação encoberta, no sistema da *commom law* a intervenção judicial não é relevada na fase investigatória. A intervenção judicial é relegada para fase posterior aquando da apreciação da prova e da correspondente forma de obtenção, momento para utilização figura processual das *exclusionary rules* e da invocação do *entrapment*.

As diferenças entre sistemas jurídicos refletem as substanciais singularidades no modelo de produção e aplicação do direito da *commom e civil law*: o primeiro, um sistema em que as normas jurídicas gerais são criadas pelo costume e aplicadas pelos tribunais que podem criar normas gerais por decisões com força de precedentes; no segundo, onde se verifica a existência de um órgão central legislativo que produz a norma, caracterizada pela generalidade e abstração, a aplicar pelo tribunal na situação individual e concreta. Concepções distintas na forma de adquirir e aplicar o direito conduziram a diferentes, perspectivas, abordagens e soluções encontradas.

No primeiro sistema prevalece a necessidade de apurar se o provocado estava ou não predisposto a violar a lei (**elemento subjetivo**); no segundo o enfoque dirige-se para o provocador e em determinar se a sua intervenção exorbitou o permitido por lei e apurar a validade da prova (**elemento objetivo**). Subsistindo diferenças nas apreciações verificadas nos dois sistemas, consideramos que a evolução europeia continental encaminha-se no sentido da aproximação à teoria prevalecente no sistema da *commom law*: apurar quem é o verdadeiro senhor, dono ou dominador do ilícito penal (elemento subjetivo).

A criação e evolução da figura no ordenamento português começou a revelar-se, ainda que de forma incipiente, na legislação relacionada com o tráfico de droga e combate à corrupção e criminalidade económico e financeira. O facto de surgir exclusivamente em duas áreas criminais conotadas com o crime organizado e dimensão internacional permite antecipar que a sua utilização era já considerada subsidiária relativamente aos restantes meios de obtenção da prova.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

A exposição do segundo capítulo vai encerrar com a análise sumária de opiniões doutrinárias e decisões jurisprudenciais, nacionais e internacionais, nas quais é possível verificar os argumentos pró e contra a utilização do agente encoberto, nos sistemas jurídicos da *common law* e *civil law*. A pesquisa e consulta de decisões de Tribunais Superiores nacionais e internacionais, nomeadamente o Acórdão do Tribunal Constitucional 578/98, Acórdão do T.E.D.H de 23 de abril de 1998 (Caso Teixeira de Castro), e **Sorrels v. United States**, 287US 435 (1932), revelam matéria de facto e de direito, de qualidade superior, que continuam a servir de matriz para decisões sobre esta matéria na atualidade.

Na matriz doutrinária e jurisprudencial Europeia merecem particular atenção as questões de âmbito material adjetivo e substantivo das quais se releva: meio de obtenção de prova excepcional; validade ou invalidade da prova obtida; autorização e controlo durante a intervenção; no plano substantivo, proibição da prática de atos em qualquer forma de participação diversa da instigação ou da autoria mediata e isenção da responsabilidade pela prática de atos penalmente relevantes sempre que exista a devida proporcionalidade com a finalidade da mesma.

Na matriz anglo-saxónica o elemento crucial é o provocado prevalecendo questões subjetivas e objetivas: nas primeiras encontra-se a provocação (*entrapment*), predisposição, indução ao crime que obrigatoriamente conduzem à improcedibilidade; nas segundas, o risco para a instituição, valor das instituições, não responsabilização do provocador e invalidação da matéria probatória obtida.

PARTE II

O AGENTE ENCOBERTO NO ORDENAMENTO JURIDICO PORTUGUÊS

Capítulo I

A Opção do Legislador Nacional nas Ações Encobertas

Introdução

O regime jurídico das ações encobertas resultou da necessidade de uma maior **eficácia** no combate à criminalidade organizada. Maior eficácia significa essencialmente capacidade de prevenção do crime organizado e recolha de prova, mas também prevenção e repressão da violência criminal. O combate à criminalidade organizada e a investigação criminal deste fenómeno impôs a cooperação da comunidade internacional, designadamente interestadual e organizações internacionais universais ou regionais, na criação de legislação e sanções de direito internacional adotadas ou transpostas para as respetivas legislações nacionais. Portugal como membro das organizações internacionais universais ou regionais, nomeadamente a União Europeia, nos termos do texto constitucional²¹⁷, adotou a receção do direito internacional público e regulou a aplicabilidade das disposições que regem os tratados da U.E. e das normas emanadas das suas instituições.

A proposta de Lei apresentada à Assembleia da República que resultou na Lei 101/2001, de 25 de agosto, na qual é destacada a imperiosidade da criação de legislação penal e novos meios e métodos de investigação criminal, reflete a necessidade da realização de um trabalho conjunto e coordenado no plano internacional que permita conciliar **eficácia** no

²¹⁷ Gomes Canotilho e Vital Moreira, CRP anotada Volume I, p. 253-254.

combate à criminalidade e **celeridade** na investigação criminal, sem se descuidar as **garantias de defesa** em processo criminal.

O processo legiferante internacional produziu um conjunto de instrumentos legais, prevalentemente focados na prevenção e supressão do crime organizado, com o objetivo fundamental de adotar uma estratégia comum e um quadro de trabalho apto a combater este tipo de criminalidade. Neste contexto, a legislação criada em Portugal rececionou as normas e princípios do direito internacional e em particular do direito da União Europeia²¹⁸ que recebeu a influência das disposições jurídicas da U.E.

A CRP consagra um conjunto de normas que respeitam direta ou indiretamente ao direito penal e processual penal. O texto constitucional nestas matérias orienta a sua intervenção pelo princípio da intervenção mínima porque o que estão em causa são direitos, liberdades e garantias. O direito penal e processual penal funda-se na constituição pois é esta que estabelece, através da definição dos direitos, liberdades e garantias, o quadro dos valores fundamentais da ordem jurídica portuguesa.

A especificidade da legislação referente às ações encobertas para fins de prevenção e investigação criminal na sociedade atual, e no momento presente, impõe-se pela necessidade da defesa da sociedade. O colectivo tem o direito de viver em segurança e numa ordem nacional e internacional que garanta a efetivação plena dos seus direitos e liberdades, a partir dos princípios constitucionalmente consagrados.

O novo regime jurídico das ações encobertas consubstancia uma série de soluções normativas que merecem ser destacadas pela sua relevância no processo investigatório e pela natureza inovadora no plano penal e processual.

As soluções normativas encontradas clarificaram definitivamente o novo regime jurídico das ações encobertas ordenado nos seguintes pressupostos: permissão para a utilização das ações encobertas para fins de prevenção e investigação criminal por funcionários da investigação criminal ou por terceiro atuando sob controlo Polícia Judiciária; ampliação do elenco de crimes que permitem o recurso a ações encobertas; controle jurisdicional na fase de autorização e *a posteriori* da atuação e da prova recolhida; regras para proteção do infiltrado relativamente aos meios como a prova é obtida e apresentada no

²¹⁸ Sobre esta matéria consultar a Convenção Relativa ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal entre os Estados-membros da União Europeia, assinada em Bruxelas em 29 de maio de 2000, aprovada em 21 de junho de 2001.

processo; criação de um regime de identidade fictícia e regime de isenção da responsabilidade criminal do infiltrado por factos ilícitos típicos praticados durante a intervenção.

1.FUNDAMENTOS DO REGIME JURÍDICO

É comum associar-se o regime jurídico das ações encobertas com a investigação do tráfico de estupefacientes. A conexão parece resultar do facto do regime, em Portugal, surgir inicialmente nos diplomas legais referentes à punição e investigação destas matérias. A primeira referência à figura – agente encoberto – surge no DL 430/83, de 13 de dezembro, no art. 52^{o219} com a epígrafe (Conduta não punível). Dez anos depois, o DL 15/93, de 22 de janeiro, que procedeu à revogação do DL 430/83, no art.59^o, manteve a mesma epígrafe e redação do art. 52^o, entretanto revogado. No novo diploma legal foi criada a norma do art. 51^{o220}, com a epígrafe (Legislação Processual Penal), que passou a equiparar o tráfico de estupefacientes, para efeitos de processo penal, a casos de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada.

A figura foi posteriormente incluída na Lei 36/94, de 29 de setembro (Crimes de corrupção e criminalidade económica e financeira) que veio admitir a sua utilização no art. 6^o com a epígrafe “ Atos de colaboração ou instrumentais”²²¹.

A Lei 45/96, de 3 de setembro, introduziu alterações significativas no art. 59^o do DL 15/93 começando pela epígrafe que (Conduta não punível) foi alterada para (Condutas não puníveis); ampliou o âmbito da atuação do funcionário da investigação criminal; concedeu autorização para utilização de terceiro, na investigação, sob controlo da Polícia Judiciária;

²¹⁹ «1 – Não é punível a conduta do funcionário de investigação criminal que, para fins de inquérito e sem revelação da sua qualidade e identidade, aceitar diretamente ou por intermédio de um terceiro a entrega de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas.2 – O relato de tais factos é junto ao processo no prazo máximo de vinte e quatro horas».

²²⁰ Artigo 51.º

Legislação processual penal

1 - Para efeitos do disposto no Código de Processo Penal, e em conformidade com o n.º 2 do artigo 1.º do mesmo Código, consideram-se equiparadas a casos de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada as condutas que integrem os crimes previstos nos artigos 21.º a 24.º e 28.º deste diploma.

2 - Na falta de disposição específica do presente diploma, são aplicáveis subsidiariamente as normas do Código de Processo Penal e legislação complementar.

²²¹1 - É legítima, com vista à obtenção de provas em fase de inquérito, a prática de atos de colaboração ou instrumentais relativamente aos crimes previstos no n.º 1 do artigo 1.º do presente diploma. 2 - Os atos referidos no número anterior dependem sempre da prévia autorização da autoridade judiciária competente.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

garantiu o controlo judicial prévio e posterior à intervenção²²². A mesma lei procedeu ao aditamento do art. 59º-A (Proteção de funcionário e de terceiro infiltrados) que prevê um regime sigiloso, durante a intervenção, suscetível de ser afastado pela autoridade judiciária – Juiz-. Pela primeira vez, na legislação nacional, surge a referência ao agente infiltrado, quer na qualidade de funcionário da investigação criminal, quer como terceiro atuando sob controlo da Polícia Judiciária²²³.

A Lei 101/2001, de 25 agosto, ao revogar os art. 59º e 59º-A do D. L. 15/93 e o art. 6º da Lei 36/94, consagrou o Regime das Ações Encobertas para Fins de Prevenção e Repressão Criminal. A opção nacional foi criar um novo instrumento jurídico na área das ações encobertas, compatível com os novos desafios colocados à investigação e prevenção criminal, que permitisse enfrentar com eficácia as novas realidades criminais. O paradigma da criminalidade local ou nacional foi sendo substituído pelo da criminalidade transnacional prevacente em sociedades interconectadas ou intercomunicadas, que relativizam as distância e permitem relações – maxime criminais – de difícil ou quase impossível controlo. Uma das consequências da alteração radical do comportamento criminoso foi o surgimento da criminalidade organizada, profissional e empresarial, muito expansiva e capacitada para gerar fluxos e proventos financeiros impensáveis.

Diversas organizações internacionais, intergovernamentais, regionais ou para-universais, de direito internacional, -ONU, FMI, U.E- além da elaboração de tratados e convenções jurídicas, na área da criminalidade organizada, passaram a monitorizar segmentos específicos desse tipo de criminalidade, v.g. tráfico de estupefacientes, armas ou seres humanos, por intermédio de departamentos especializados. A *UNOCD (United Nations Office on Drugs and Crime)* é um dos departamentos da ONU que tem desenvolvido estudos regulares nos quais se incluiu, em outubro de 2011, o relatório oficial ” *Estimating illicit financial flows resulting from drug trafficking and other transnational organized crimes*”.

²²² 1 - Não é punível a conduta do funcionário de investigação criminal que, para fins de inquérito e sem revelação da sua qualidade e identidade, aceitar diretamente ou por intermédio de um terceiro a entrega de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas. 2 - O relato de tais factos é junto ao processo no prazo máximo de vinte e quatro horas.

²²³ 1 - A autoridade judiciária só ordenará a junção ao processo do relato a que se refere o n.º 4 do artigo anterior se a reputar absolutamente indispensável em termos probatórios. 2 - A apreciação da indispensabilidade pode ser remetida para o termo do inquérito ou da instrução, ficando entretanto o expediente, mediante prévio registo, na posse da Polícia Judiciária. 3 - No caso de o juiz determinar, por indispensabilidade da prova, a comparência em audiência de julgamento do funcionário ou do terceiro infiltrados, observará sempre o disposto na segunda parte do n.º 1 do artigo 87.º do Código de Processo Penal.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

A dimensão e gravidade do problema são enunciados na introdução do relatório que, de imediato, concentra a nossa atenção na dimensão e lucros gerados pelo crime organizado: o FMI considera que o branqueamento de capitais pode situar-se entre **2 a 5 por cento do PIB** mundial, tornado público em 2008. O meta- estudo conduzido sugere que o valor pode situar-se em 3,6 do PIB ou seja cerca de **2.1 triliões de dólares em 2009**.

Os fluxos ilícitos financeiros gerados pelo tráfico de cocaína estão estimados em 85 biliões de dólares de lucro, no ano de 2009, comparados com cerca de 1 bilião de dólares obtidos pelos produtores da região Andina. Parte substancial destes lucros é gerada no Norte da América (35 biliões de dólares) e Europa Ocidental e Central (26 biliões de dólares). Menos de **1 por cento** destes lucros são apreendidos ou congelados²²⁴.

Portugal é membro e participa de diversas organizações internacionais, intergovernamentais para-universais e regionais, sujeitos de direito internacional, suscetíveis de serem titulares de direitos ou suporte de obrigações resultantes direta e imediatamente de uma norma de Direito Internacional.

Como sujeito de Direito Internacional, a Organização Internacional pode ser fonte de direito internacional convencional que, de acordo com o disposto no n.º 2, do art. 8º da CRP, vincula o Estado Português, embora de forma condicionada, no âmbito dos tratados e acordos internacionais que incluam Portugal. Se inicialmente este preceito era explicitamente só para regular a receção do direito internacional público (DIP), as posteriores revisões constitucionais modificaram a conceção jurídica, até então vigente, como se pode constatar infra.

Portugal, em dezembro de 1971, ratificou a Convenção única de 1961 sobre estupefacientes e, em abril de 1979, aderiu à Convenção sobre as substâncias psicotrópicas de 1971. Ratificou, em 6 de setembro de 1991, a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas de 1988, oportunamente assinada, participa e integra diversas organizações internacionais, Interpol, FATF (Financial Action Task Force) Europol, Schengen, Eurojust e Rede Judiciária Europeia, estes quatro no âmbito da UE, que têm por objeto a prevenção e investigação deste género de criminalidade.

²²⁴http://www.unodc.org/documents/data-analysis/Studies/Illicit_financial_flows_2011
Site Consultado em agosto de 2013.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

Na luta contra a criminalidade organizada, a U.E. (União Europeia²²⁵) instituiu órgãos específicos para auxiliar a entajuda e cooperação entre as autoridades judiciárias, v.g. a Eurojust e a Rede Judiciária Europeia. A cooperação judiciária em matéria penal implica a aproximação das legislações nacionais e a aplicação de regras mínimas comuns, principalmente relacionadas com a admissibilidade da prova, dos direitos da vítima e dos indivíduos nos processos penais.

O Tratado de Maastricht, 1993, implementou e desenvolveu a cooperação judicial e policial no espaço da então Comunidade Europeia. Na sequência da “Convenção relativa ao auxílio judiciário mútuo em matéria penal”, assinada sob a presidência Portuguesa, a 29 de maio de 2000, assistiu-se ao reforço dos meios à disposição da investigação criminal transfronteiriça, indispensável ao combate e prevenção da criminalidade mais grave e organizada. Os novos instrumentos legais, adotados ou a adotar, implicaram a necessidade de alterações no ordenamento jurídico português que permitiu a sua receção e aplicação em conformidade com a legislação nacional.

O novo paradigma da cooperação judiciária internacional em matéria penal suscitou diversas propostas de alterações à Lei 144/99²²⁶, de 31 de agosto, das quais se releva: criação de **equipas de investigação criminal conjuntas**, por acordo entre o Estado Português e o Estado estrangeiro, para investigações de especial complexidade com implicações em Portugal ou noutro Estado ou quando vários Estados realizem investigações criminais e se torne indispensável uma ação coordenada e concertada entre Estados, art. 145º-A²²⁷; regime das **entregas controladas ou vigiadas**, até então exclusivas para a investigação criminal em matéria de tráfico de estupefacientes, alargado a todas as investigações criminais transfronteiriças relativas a infrações que admitam extradição art. 160º-A; introduzidos novos regimes legais destinados a permitir a cooperação na investigação penal através de dois importantes instrumentos de combate à criminalidade grave, **as atuações encobertas, art. 160º.-B**, e a **interceção de telecomunicações**, art. 160º.-C²²⁸.

²²⁵ http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_criminal_matters/index_pt.htm. Consultado em agosto de 2012.

²²⁶ Lei 144/99 de 31 de agosto, Cooperação Judiciária Internacional

²²⁷ Aditado pela Lei 48/2003, de 22 de agosto

²²⁸ Proposta de Lei nº 78/VIII que está na origem da Lei 104/2001 que alterou a Lei 144/99, de 31 de agosto (Lei da Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal) e aditou várias normas ao diploma originário, nomeadamente os art.160º-A, 160º-B e 160º-C.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

No Tratado de Lisboa²²⁹, em 2007, a Cooperação Judiciária em Matéria Penal e Cooperação Policial é regida pelo Título V “ O Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça”. Ao reafirmar o empenhamento na cooperação judiciária e penal, a União afirma-se como um espaço de liberdade, segurança e justiça, no respeito dos direitos fundamentais e dos diferentes sistemas de tradições jurídicas dos Estados-membros, art. 67º do T.U.E.

Neste Título referência especial para o art. 83º, do Tratado da União Europeia²³⁰, que institui o estabelecer de “*regras mínimas relativas à definição de infrações penais em domínios de criminalidade particularmente grave com dimensão transfronteiriça que resulte da natureza ou das incidências dessas infrações, ou ainda da especial necessidade de as combater, assente em bases comuns*”. Na perspetiva da União os domínios dessa criminalidade correspondem ao terrorismo, tráfico de droga e de armas, branqueamento de capitais, criminalidade organizada, etc. Esta tipificação taxativa não excluiu a possibilidade futura de uma decisão que identifique outros domínios da criminalidade que preencham os critérios adotados²³¹.

O percurso histórico-legal definido permite constatar que a utilização do agente encoberto principiou na investigação do tráfico de estupefacientes, sem dúvida o *ex-libris* do crime organizado na década de 70-80 do século XX. Este paradigma criminal transformou-se e evoluiu rapidamente para uma criminalidade moderna adaptada à supressão das distâncias e novas relações sociais. O modelo económico de livre mercado com circulação de pessoas, bens e capitais e as uniões de países, que começaram por constituir-se em integrações económicas para depois passarem a configurar-se como uniões políticas, transferiram os **centros de decisões** dos Estados soberanos para os centros intercomunitários.

²²⁹ O Tratado de Lisboa (Tratado da União Europeia) foi precedido do Tratado de Amesterdão, em 1997 e Tratado de Nice, em 2001.

²³⁰“O Parlamento Europeu e o Conselho, por meio de diretivas adotadas de acordo com o processo legislativo ordinário, podem estabelecer regras mínimas relativas à definição das infrações penais e das sanções em domínios de criminalidade particularmente grave com dimensão transfronteiriça que resulte da natureza ou das incidências dessas infrações, ou ainda da especial necessidade de as combater, assente em bases comuns”.

São os seguintes os domínios de criminalidade em causa: terrorismo, tráfico de seres humanos e exploração sexual de mulheres e crianças, tráfico de droga e de armas, branqueamento de capitais, corrupção, contrafação de meios de pagamento, criminalidade informática e criminalidade organizada”.

²³¹<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:326:FULL:PT:PDF>, consultado em setembro de 2013.

A integração económica e política conduziu à comunhão de critérios também nas matérias de política criminal e legislação penal. Na CRP, o objeto originário do art. 8º - Direito Internacional - que apenas regulava explicitamente a receção do **direito internacional público** (DIP) na ordem interna, foi necessário, por via das revisões constitucionais de 1982 e 2004, proceder-se ao aditamento do n.º 3 e 4. No primeiro consagra-se que as normas emitidas por organizações internacionais dotadas de poderes legislativos vigoram na ordem jurídica interna, vinculando imediatamente o Estado e os cidadãos; no segundo está inserido o **princípio do primado do Direito da União Europeia**, a saber, que o direito interno não pode servir de obstáculo à vigência e aplicação daquele na ordem interna. Decorre deste princípio que as revisões constitucionais permitiram regular a aplicabilidade dos tratados que regem a União Europeia e das normas emanadas das suas instituições, n.º4 do art. 8º, autorizando a sua aplicabilidade na ordem interna nos termos definidos pelo direito da União²³².

Assim, concluímos que a criação e sucessivos desenvolvimentos legislativos da figura do agente encoberto, com influência direta do direito internacional e cooperação judiciária penal, correspondeu à necessidade do Estado de direito democrático utilizar um meio excecional de combate à criminalidade grave ou organizada, de âmbito nacional ou transnacional, exclusivamente admissível nos termos estritos da lei. Partindo deste pressuposto, o Estado deve orientar a sua intervenção na busca de um ponto de equilíbrio entre os interesses estatais e os direitos individuais, para o qual contribuiu decisivamente o papel do legislador e dos operadores de direito. Daquele exige-se uma resposta eficaz no combate e investigação da criminalidade organizada, com conteúdos normativos e político criminais que não impliquem a redução ou neutralização de garantias de defesa; destes exige-se essencialmente a função de tutela preventiva de direitos fundamentais e fiscalização do estrito cumprimento e conformidade da lei.

2. A PROPOSTA DE LEI

A exposição de motivos da proposta de Lei nº 79/VIII (Regime Jurídico das Ações Encobertas Para Fins de Prevenção e Investigação Criminal) concebe a atuação encoberta

²³² Gomes Canotilho e Vital Moreira, CRP anotada Volume I, p. 265.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

como um **mecanismo importantíssimo** da investigação criminal, nomeadamente no que se refere à criminalidade mais grave e ao crime organizado. Não concretiza qualquer distinção entre agente encoberto ou infiltrado, admitindo a utilização das duas definições como conceito unívoco, e procede à sua caracterização como aquele que vai atuar de maneira a impedir crimes ou a reunir provas que permitam a efetiva condenação dos criminosos.

O mecanismo de investigação proposto justifica-se pela necessidade de uma maior eficácia no combate à criminalidade. Eficácia que deve compatibilizar a prevenção do crime organizado e recolha de prova, que assegure efetiva condenação dos criminosos, com a prevenção e repressão da violência criminal.

O debate parlamentar²³³ refletiu um conjunto de preocupações, dos diversos grupos parlamentares, em conciliar medidas de eficácia no combate à criminalidade com maior celeridade da justiça penal e investigação criminal, sem que tal signifique o afastamento ou enfraquecimento das garantias constitucionalmente previstas, nomeadamente em matéria de direitos fundamentais. Na defesa destes direitos, durante a discussão, foi bem patente a preocupação dos deputados pela não consagração, na proposta de lei, da intervenção necessária do juiz de instrução criminal na autorização e controlo da ação encoberta.

As observações e o debate realizado introduziram algumas alterações das quais destacamos, pela sua relevância formal e material, as seguintes:

O n.º 3, do art. 3º, (Requisitos) na proposta de lei propunha que: *“A realização de uma ação encoberta depende de prévia autorização da autoridade judiciária titular da direção do processo, a proferir no prazo máximo de cinco dias e a conceder por período determinado”*.

O n.º 4, do art. 3º, supletivamente, acrescia uma clarificação fundamental, ao considerar o Ministério Público como a única autoridade judiciária com intervenção na ação encoberta, ao propor: *“Se a ação referida no número anterior decorrer no âmbito da prevenção criminal é competente para autorização o magistrado do Ministério Público junto do Departamento Central de Investigação e Ação Penal”²³⁴*.

O n.º 5, do art. 3º, admitia, por razões de urgência, o uso da ação encoberta pelos funcionários de investigação criminal sem prévia autorização da autoridade judiciária. O n.º 5

²³³Cfr. Diário da Assembleia da República, I Série, n.º 99, de 22 de junho de 2001 p. 3860, Col 2.

²³⁴ Proposta de Lei nº 79/VIII Regime Jurídico das Ações Encobertas para Fins de Prevenção e Investigação Criminal.

foi retirado por existir o receio do regime vir a ser utilizado sem estarem preenchidos os requisitos do n.º 1²³⁵. Considerou o legislador que a utilização desta técnica de investigação, pelas especiais características de que se reveste e colisão com direitos fundamentais, não pode ser utilizada sem a **prévia autorização** do Ministério Público ou do Juiz.

O texto final da Lei 101/2001 introduziu significativas alterações no n.º 3 e 4 do art. 3.º. Assim o n.º 3, na fase de inquérito, passou a atribuir ao **Juiz de instrução** criminal a **tutela** preventiva da **autorização do MP**, que está obrigado a comunicar-lha, considerando-se validada se não for proferido **despacho de recusa** nas **setenta e duas horas** seguintes.

Para as ações encobertas de prevenção criminal, o n.º 4, a ação é proposta pelo MP, junto do Departamento Central de Investigação e Ação Penal – DCIAP - e é competente para **autorização o Juiz** do TCIC²³⁶. A prevenção criminal está conferida à Polícia e consagrada no n.º 3, do art. 272.º da CRP²³⁷ A sua concretização no decurso de ação encoberta colide com os direitos fundamentais do cidadão, por conseguinte a sua autorização apenas é admissível se seguir o regime consagrado na CRP (n.º 4, do art. 32.º *in fine*) e nos termos do CPP (art. 268.º Atos a praticar pelo juiz de instrução e 269.º Atos a ordenar ou autorizar pelo juiz de instrução).

A aprovação da **intervenção obrigatória do juiz** colmatou uma lacuna grave da proposta de lei, inclusive objeto de críticas por magistrados judiciais²³⁸, pois o regime jurídico das ações encobertas é potencialmente lesivo de restrições de direitos fundamentais sendo, naturalmente, exigível que o juiz seja chamado a pronunciar-se sobre a sua utilização e controlo.

A proposta de Lei, no art. 7.º, n.º 1, com a epígrafe (Prova), permitia *“aos agentes encobertos a produção de registos fotográficos, cinematográficos, fonográficos, por meio de processo eletrónico, ou quaisquer outros registos mecânicos, sem consentimento do visado no âmbito da prevenção e repressão dos crimes previstos no artigo 2.º”*.

²³⁵ 1 — As ações encobertas devem ser adequadas aos fins de prevenção e repressão criminais identificados em concreto, nomeadamente a descoberta de material probatório, e proporcionais quer àquelas finalidades quer à gravidade do crime em investigação.

²³⁶ TCIC – Tribunal Central de Investigação Criminal

²³⁷ Artigo 272.º - (Polícia) 3. A prevenção dos crimes, incluindo a dos crimes contra a segurança do Estado, só pode fazer-se com observância das regras gerais sobre polícia e com respeito pelos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.

²³⁸ Isabel Oneto, O Agente Infiltrado, p. 119.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

O n.º 2, do art. 7º, dispunha que a produção dos registos ficava dependente de “*prévia autorização da autoridade judiciária titular da direção do processo*”, ou seja, na fase de inquérito, o MP. O n.º 3 e 4, respetivamente, previam as formalidades das operações, art. 188º do CPP, e excluía a ilicitude das reproduções mecânicas, no termos do art. 31º, n.º 1, do CP e o seu valor probatório admitido nos termos do art. 167º, n.º 1, do CPP.

Os meios de prova consignados no art. 7º, nomeadamente “*a produção de registos fotográficos, cinematográficos, fonográficos, por meio de processo eletrónico, ou quaisquer outros registos mecânicos*” “por agente encoberto no âmbito da respetiva ação, com prévia autorização da autoridade judiciária titular da direção do inquérito, suscitaram **sérias reservas** legais de natureza material e formal. A direção do inquérito é da competência do MP²³⁹ nos termos da lei processual penal.

Durante a fase de inquérito, presidida pelo MP, sempre que estejam em causa atos que interferem com **direitos fundamentais e outras espécies** que a lei reserva exclusivamente ao juiz este, sob impulso do MP, é chamado a pronunciar-se sobre a sua oportunidade e necessidade. A garantia e controlo do juiz, na fase de inquérito, exige-se como garante de liberdades e controlo judicial das iniciativas do MP que atingem as liberdades fundamentais do indivíduo.

As propostas constantes do art. 7º eram claramente suscetíveis de colocar em causa a “*área normal da vida privada, também ela projeção, expressão e condição do livre desenvolvimento da personalidade ética da pessoa*”. Trata-se, porém, de um bem jurídico que não pode perspetivar-se absolutamente isolado dos compromissos e vinculações comunitárias e, nessa medida, inteiramente a coberto da colisão e ponderação de interesses. O seu sacrifício em sede de prova em processo penal estará, por isso, legitimado sempre que necessário e adequado à salvaguarda de interesses e valores ou interesses superiores, respeitadas as exigências do princípio da proporcionalidade²⁴⁰.”

A utilização destes meios de prova, com a prévia autorização da autoridade judiciária – MP –, sem intervenção necessária do juiz em matéria de direitos fundamentais básicos e princípios materiais do processo penal, é reconduzível aos métodos proibidos de prova que incluem os meios de prova e meios de obtenção da prova. Não se entendia como é que tais

Artigo 263.º (Direção do inquérito) 1 - A direção do inquérito cabe ao Ministério Público, assistido pelos órgãos de polícia criminal.

²⁴⁰Costa Andrade, Sobre as proibições da prova em Processo Penal, p.95.

meios de prova escapavam ao “*rigoroso regime estabelecido para a autorização judicial de interceções telefónicas e electrónicas no âmbito do Código de Processo Penal*”²⁴¹, como preconizava o juiz José Mouraz Lopes.

O conjunto de questões jurídico normativas suscitadas, durante o debate parlamentar, permitiu a **eliminação do art. 7º**, na globalidade, da proposta de lei.

A proposta de lei foi acompanhada de outras iniciativas legislativas de natureza criminal que introduziram alterações na Lei Orgânica da Polícia Judiciária, Regime Penal de Tráfico e Detenção de Armas, Lei da Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal e proposta de resolução, para ratificação, da Convenção relativa ao Auxílio Mútuo em Matéria Penal entre o Estados-membros da União Europeia.

As especificidades da proposta legislativa, pela natureza das matérias envolvidas, levaram a comissão a chamar à colação alguns dos princípios materiais do processo criminal, nomeadamente o princípio da necessidade e proporcionalidade face à investigação. Ponderou-se também a necessidade da aplicação do princípio da intervenção mínima do Direito Penal, o controlo jurisdicional e, muito importante, particular chamada de atenção para as opções axiológicas constitucionais, que devem ser respeitadas pelas normas penais e orientar a sua interpretação, pois são elas que definem os valores fundamentais da vida em sociedade que o direito penal visa proteger.

Apreciada a proposta de lei, a Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias no Parecer emitido considerou que a proposta “**preenche os requisitos constitucionais e legais**”²⁴² e o relatório e parecer foram aprovados por unanimidade pelo PS, PSD, PCP e CDS-PP.

3. O DIREITO DA UE E A REPERCUSSÃO NA LEGISLAÇÃO NACIONAL

As transformações institucionais da União Europeia, a que Portugal aderiu em 1 de janeiro de 1986, e consequente criação de um espaço de livre circulação de pessoas, bens,

²⁴¹ Isabel Oneto, O Agente Infiltrado, p. 119.

²⁴² Cfr. Relatório e parecer da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias- Proposta de Lei nº 79/VIII (Regime Jurídico das Ações Encobertas para Fins de Prevenção e Investigação Criminal).

serviços, capitais e harmonização legislativa, deram causa à implementação de mecanismos de cooperação entre as instâncias europeias e os respetivos Estados-membros.

O Tratado de Maastricht, em 1993, configurou uma nova estrutura das instituições assente em três “pilares” e consagrou o terceiro pilar, abrangido pelo Título VI do Tratado da União Europeia, à **cooperação judicial e policial no espaço Europeu**. A nova cooperação foi sustentada na implementação de um conjunto de agências internacionais na área judiciária e policial – Eurojust, Europol, Frontex e SIS (Sistema de Informações Schengen) – especialmente vocacionadas para a cooperação entre Estados no que diz respeito à Justiça e investigação da nova criminalidade e crime organizado transfronteiriço.

A criação na União Europeia do terceiro pilar CPJP (Cooperação Policial e Judiciária em Matéria Penal) foi essencial para assegurar o equilíbrio entre as soberanias nacionais e supranacionais até ao Tratado de Lisboa, em 2007. O Tratado de Lisboa²⁴³ entendeu reforçar a realização de um Espaço Comum Europeu no qual as pessoas circulem livremente e beneficiem de uma proteção judiciária eficaz concretizado no **ELSJ** (Espaço de Liberdade Segurança e Justiça). O novo espaço reparte as matérias relacionadas com liberdade, segurança e justiça em quatro domínios: políticas relativas aos controlos nas fronteiras, asilo e imigração (1), cooperação judiciária em matéria civil (2), penal (3) e policial (4).

A Convenção relativa ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal entre os Estados-membros da União Europeia, assinada em Bruxelas, em 29 de maio de 2000, Resolução da A.R. 63/2000, revelou-se um instrumento decisivo para a definição de uma nova estratégia na **cooperação judiciária e investigação criminal**. A convenção privilegiou e agilizou os pedidos de auxílio judiciário mútuo (envio e notificações de peças processuais, intercâmbio espontâneo de informações) e instituiu certas formas de auxílios judiciários mútuos (transferência de pessoas detidas para efeitos de investigação, audições por videoconferência de testemunhas, peritos, **entregas vigiadas ou controladas, equipas de investigação conjuntas, interceções telefónicas e investigações encobertas**).

Estas disposições foram acolhidas na ordem jurídica interna na Lei 144/99 (Lei da Cooperação Judiciária Internacional), alterada pela Lei 104/2001, de 25 de agosto. A Lei 144/99 passou a prever cooperação específica na área da investigação criminal nos artigos

²⁴³ O Tratado de Lisboa foi assinado pelos Estados-membros da União Europeia em 13 de dezembro de 2007 e entrou em vigor em 01 de janeiro de 2009. O Tratado de Lisboa emenda o Tratado da União Europeia (TUE Maastricht 1992) e o Tratado que estabelece a Comunidade Europeia (TCE, Roma ano de 1957) que foi renomeado para Tratado Sobre o Funcionamento de União Europeia (TFUE).

aditados, 160.º-A (Entregas controladas ou vigiadas), 160.º-B (Ações Encobertas) e 160.º-C (Interceções de comunicações). A legislação aprovada veio consagrar a faculdade de intervenção de funcionários de **investigação criminal estrangeiros** em solo nacional, mas também de funcionários portugueses nos Estados-membro da União Europeia signatários da convenção, quando devidamente autorizados pela autoridade judiciária competente.

No contexto da União Europeia e por imperativo legal dos tratados e convenções de direito internacional de que Portugal seja parte, a Constituição Portuguesa reconheceu a receção do direito internacional público. Após a primeira revisão constitucional – 1982 e depois na revisão de 2004 - a Constituição veio reconhecer a vigência das normas emanadas das organizações internacionais na ordem jurídica interna e regulou a aplicabilidade das disposições dos tratados, que regem a União Europeia, e das normas emanadas das suas instituições, art. 8º, n.º 1, 2 e 3 da CRP ²⁴⁴.

A 6ª Revisão Constitucional, LC 1/2004, introduziu o n.º 4, do art. 8 (Direito Internacional), considerado por muitos autores como uma das **mais importantes alterações** alguma vez introduzidas no sistema das **fontes** de direito do ordenamento jurídico-constitucional português. A alteração implica que *“quando a Constituição Portuguesa estabelece que as disposições dos Tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respetivas competências, são aplicáveis na ordem interna nos termos definidos pelo direito da União, isso significa que as normas dos Tratados, bem como as normas emanadas pelas instituições, prevalecem sobre as normas de direito interno, incluindo as normas da própria Constituição (pois a norma do direito constitucional europeu não distingue e a referida jurisprudência comunitária sempre se pronunciou nesse sentido)”*²⁴⁵.

O n.º 4, do art. 8º da CRP, consagra o princípio do **primado do direito da UE** sobre o direito interno e, especialmente, que este prevalece sobre o direito interno português. O primado do direito da União nos respetivos Estados e proficuidade legislativa tende a criar um desequilíbrio da competência político- legislativa da AR, perante o progressivo aumento das competências normativas dos órgãos da União, e, simultaneamente, deslocar os centros de decisão legislativa, incluindo a política criminal, para órgãos supra nacionais. O primado tem um **âmbito material limitado**, pois só às normas dos tratados e às demais normas adotadas

²⁴⁴Gomes Canotilho e Vital Moreira, CRP anotada Volume I, p. 253.

²⁴⁵Gomes Canotilho e Vital Moreira, CRP anotada Volume I, p. 265.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

pelas instituições europeias, no exercício das suas competências, é reconhecido um estatuto de primado ou de prevalência. O primado do direito da União continua a ser entendido como uma regra de colisão reconduzível à **aplicação preferente** do direito europeu e não como uma estrita regra de supremacia normativa, eventualmente conducente à invalidade do direito interno.

A área da Justiça e dos Assuntos Internos (JAI) é provavelmente o campo político sobre o qual o Tratado de Lisboa produziu maior impacto. As matérias que eram competência do terceiro pilar, como a cooperação judiciária penal e a cooperação policial, passam a estar submetidas ao **controlo judicial** do Tribunal de Justiça da União Europeia²⁴⁶. Esta alteração instituiu que na atualidade o Conselho delibera por maioria qualificada ou unanimidade²⁴⁷ em codecisão com o Parlamento Europeu, após consulta deste órgão. Esta votação passa a aplicar-se a domínios como a Cooperação Judiciária em Matéria Penal (art. 82º a 86º do TFUE²⁴⁸), Eurojust (art. 85º TFUE), Cooperação Policial não Operacional (art. 88º do TFUE) etc.

²⁴⁶ O Tribunal tem competência para se pronunciar sobre: 1- pedidos de decisão a título prejudicial – os tribunais nacionais dirigem-se ao Tribunal de Justiça para que esclareça a interpretação de um elemento do direito da UE; 2 - acções por incumprimento – intentadas contra os governos nacionais por não aplicação do direito da UE; 3 - recursos de anulação – interpostos contra a legislação da UE que alegadamente viole os Tratados ou os direitos fundamentais da UE; 4 - acções por omissão – intentadas contra as instituições da UE por não tomarem as decisões que lhes competem; 5 - acções directas – intentadas por particulares, empresas ou organizações contra acções ou decisões da UE..

²⁴⁷ O Conselho adota ainda outros actos, por unanimidade ou maioria qualificada, após «consulta» do Parlamento. Nestes casos, o parecer dos deputados não é vinculativo, cabendo a última palavra aos governos. Trata-se de um processo que é aplicado, por exemplo, a medidas em matéria de segurança ou na cooperação policial operacional.

²⁴⁸ *Artigo 83(ex-artigo 31. do TUE) 1.* O Parlamento Europeu e o Conselho, por meio de diretivas adotadas de acordo com o processo legislativo ordinário, podem estabelecer regras mínimas relativas à definição das infrações penais e das sanções em domínios de criminalidade particularmente grave com dimensão transfronteiriça que resulte da natureza ou das incidências dessas infrações, ou ainda da especial necessidade de as combater, assente em bases comuns. PT C 83/80 Jornal Oficial da União Europeia 30.3.2010

São os seguintes os domínios de criminalidade em causa: terrorismo, tráfico de seres humanos e exploração sexual de mulheres e crianças, tráfico de droga e de armas, branqueamento de capitais, corrupção, contrafação de meios de pagamento, criminalidade informática e criminalidade organizada.

Consoante a evolução da criminalidade, o Conselho pode adotar uma decisão que identifique outros domínios de criminalidade que preencham os critérios referidos no presente número. O Conselho delibera por unanimidade, após aprovação do Parlamento Europeu.

2. Sempre que a aproximação de disposições legislativas e regulamentares dos Estados-membros em matéria penal se afigure indispensável para assegurar a execução eficaz de uma política da União num domínio que tenha sido objeto de medidas de harmonização, podem ser estabelecidas por meio de diretivas regras mínimas relativas à definição das infrações penais e das sanções no domínio em causa. Essas diretivas são adotadas de acordo com um processo legislativo ordinário ou especial idêntico ao utilizado para a adoção das medidas de harmonização em causa, sem prejuízo do artigo 76.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

A submissão direta e imediata às normas provenientes da União Europeia que, após o Tratado de Lisboa, passaram a ser classificados como cinco tipos de atos jurídicos - regulamento, diretiva, decisões, recomendações e pareceres²⁴⁹ - indiciam a construção de um **direito penal comunitário** de aplicação direta pelos Estados-membros. Para a matéria em estudo assume especial relevo o regulamento e diretiva pelo impacto no direito penal nacional.

Nas palavras de Taipa de Carvalho, esta foi a forma jurídica que a União Europeia adotou para obrigar os Estados-membros a **criar normas penais** para tutelar determinados bens jurídicos ou determinados interesses da Comunidade Europeia, mediante **diretivas vinculativas** de cada um dos seus Estados-membros. Desta forma, sob o ponto de vista formal, o princípio da legalidade não é beliscado, pois que a lei formal estadual continua a ser fonte direta da criminalização ou agravação da responsabilidade penal; contudo, do ponto de vista material, o princípio da legalidade, é, de alguma forma, afetado na sua exigência de que fonte do direito penal só pode ser o poder legislativo, diretamente representativo dos cidadãos²⁵⁰.

Na opinião de Figueiredo Dias, o direito penal é ainda hoje **direito intraestadual** que encontra a sua fonte formal e orgânica na produção legislativa estadual e é aplicado por órgãos nacionais. Reconhece, contudo, a relevância crescente do direito internacional em matéria penal (v.g. Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Degradantes ou Desumanos, Convenção contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas e, noutro plano, a Convenção Relativa à Extradicação entre os Estados-membros da União Europeia) que estabelece opções de política criminal internacionalmente convencionadas, que implicam para o Estado Português, enquanto parte dos mesmos, a obrigação de editar normas que lhe deem corpo.

Apesar do relevo concedido pela União Europeia à matéria penal, não se pode considerar que existe um direito penal comunitário, e como tal supranacional, de aplicação direta pelos Estados-membros. Contudo, dada a prevalência do direito comunitário sobre o

²⁴⁹ Um regulamento é um ato legislativo vinculativo, aplicável em todos os seus elementos em todos os países da EU; Uma diretiva é um ato legislativo que fixa um objetivo geral que todos os países da UE devem alcançar; Uma decisão só é vinculativa para os seus destinatários específicos; Uma recomendação não é vinculativa; Um parecer é um instrumento que permite às instituições fazer uma declaração de forma não vinculativa, ou seja, sem impor qualquer obrigação legal aos seus destinatários.

²⁵⁰ Taipa de Carvalho, Direito Penal, Parte Geral, p.161.

direito nacional (art. 8º, n.º 4 da CRP) e face ao entendimento válido do princípio da unidade da ordem jurídica expresso no art. 31º do CP, o legislador nacional não poderá qualificar como penalmente ilícitas condutas exigidas ou autorizadas pelo direito comunitário²⁵¹.

O regime jurídico das ações encobertas ilustra exemplarmente a repercussão do direito internacional, nomeadamente da legislação da União Europeia, no direito nacional. Nos termos da Convenção relativa ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal²⁵² entre os Estados-membros da União Europeia, **teríamos de admitir ações encobertas em investigação transnacional fora do tráfico de estupefacientes e corrupção**, e seria, no mínimo, estranho admiti-lo para a cooperação internacional e não para as investigações puramente nacionais²⁵³.

Concordamos com a apreciação feita por Fernando Gonçalves quando refere “ *que esta mudança legislativa se deve aos ventos internacionais, aparecendo como uma nova que, para evitar a incongruência entre as permissões legais nacionais quanto às autoridades internas face a crimes cometidos quer por portugueses quer por estrangeiros em território nacional e as permissões que o mesmo ordenamento jurídico dava em termos de cooperação judiciária internacional em matéria penal, impeliu o poder legislativo a ampliar o âmbito da ação encoberta*”²⁵⁴.

4. A LEI DAS AÇÕES ENCOBERTAS E A CONFORMIDADE COM A CRP

A CRP encontra-se indissolúvelmente associada ao regime democrático português e incorpora um conjunto de valores axiológicos, positivamente ou implicitamente

²⁵¹ Figueiredo Dias, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I p. 13.

²⁵² Cfr. a proposta de lei 78/VIII que altera a Lei nº 144/99, de 31 de agosto (Lei da Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal). A iniciativa do legislador nacional relativamente ao regime jurídico das ações encobertas está inequivocamente associada ao direito penal comunitário. A proposta de lei nº 79/VIII foi discutida em conjunto com iniciativas legislativas na área da cooperação judiciária e auxílio mútuo penal, matérias de direito penal das instâncias comunitárias, que admitia a autorização de Entregas controladas ou vigiadas (art. 160-A), Ações Encobertas (art. 160-B) e Interceção de Comunicações (art.160-C) envolvendo funcionários de investigação criminal de outros Estados ou entidades competentes de Estado estrangeiro, desde que o pedido fosse baseado em acordo, tratado ou convenção internacional.

²⁵³ Cfr. DAR, I Série, nº 99, de 22 de junho de 2001, p. 3865 e art. 160º-B da lei 144/99.

²⁵⁴ Fernando Gonçalves et al, O novo regime jurídico do agente infiltrado, p. 12.

consagrados²⁵⁵, de consenso para todos os cidadãos, que contêm a matriz da comunidade nacional e opera como carta de identidade política e cultural do país.

Na parte I, título I e II, referenciada por parte dogmática da Constituição, encontra-se o arco de valores superiores do ordenamento jurídico - liberdade, justiça, igualdade, garantias da lei e processo criminal - que dão conteúdo ao catálogo de **direitos fundamentais**.

Este arco de valores constitucionais revela o conteúdo de direitos fundamentais que servem para orientar a política criminal e a intervenção penal, sendo assumidos como a fórmula de compromisso dos grandes valores de fundamentação dos sistemas políticos. Estes valores superiores colocam as bases do sistema na **dignidade da pessoa humana**. Ao fazê-lo a Constituição explicita de forma inequívoca que o “poder” ou “domínio” da República terá de assentar em dois pressupostos ou precondições: (1) primeiro está a pessoa humana e depois a organização política, (2) a pessoa é sujeito e não objeto, é fim e não meio de relações jurídico-sociais²⁵⁶.

Os valores superiores consagrados na Constituição, assim considerados, determinam a esfera de atuação do legislador ordinário, que deverá de mover-se de acordo com os limites desse Estado constitucionalmente vinculado aos direitos fundamentais.

A sociedade surge, então, dividida entre a pretensão simultânea da máxima segurança, mas também da máxima tutela dos direitos fundamentais, impondo ao Estado uma política criminal que tem como referente axiológico o princípio do Estado de Direito.

A **política criminal** funciona como instrumento do Estado para definir estratégias, traçar objetivos, definir critérios e prioridades que permitam atingir as finalidades que orientam a sua razão de ser. A Lei 38/2009, de 20 de julho, (Objetivos e prioridades de política criminal para o biénio 2009-2011) define como objetivos gerais reprimir e reduzir a criminalidade violenta, promovendo a defesa de bens jurídicos, a proteção das vítimas e a reintegração dos agentes do crime na sociedade. Nos objetivos específicos incluiu prevenir, reprimir e reduzir a **criminalidade violenta grave** ou **organizada**, nomeadamente o branqueamento de capitais, as organizações terroristas e a associação criminosa dedicada ao

²⁵⁵ No caso dos direitos fundamentais que estão consagrados no texto Constitucional, não assim nos direitos humanos que estão nos tratados e convenções internacionais.

²⁵⁶ Gomes Canotilho e Vital Moreira, CRP anotada Volume I, p. 198.

tráfico de pessoas e estupefacientes ou substâncias psicotrópicas ou de armas ou ao auxílio à emigração ilegal²⁵⁷.

Para Figueiredo Dias, as recentes reformas do processo penal em países de democracia estabilizada podem resultar numa diminuição dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos. Contudo, sem prescindir que em todas as circunstâncias os direitos de cada pessoa devem ser defendidos e a sua liberdade salvaguardada, o Estado também tem “*o dever de administração e realização da justiça penal*”, cujo cumprimento só é plenamente atingido quando os responsáveis por ilícitos criminais são justamente condenados.

Com reservas, Costa Andrade admite alguma restrição e, por esta via, aceita o recurso ao **agente infiltrado** “*sempre que a perseguição de eventuais agentes, lograda através de homens de confiança, se integre em programas de repressão e desmantelamento do terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada*”²⁵⁸.

O regime jurídico das ações encobertas na prevenção e investigação criminal caracteriza-se, essencialmente, na faculdade de funcionários de investigação criminal ou terceiro, sob controlo da Polícia Judiciária, contactar com suspeitos da prática de crimes(s), ocultando a sua identidade, atuando de maneira a impedir crimes ou reunir provas para condenação dos envolvidos.

Estas ações obedecem a requisitos muito estritos da lei e consideradas como um meio excecional de combate à criminalidade organizada. A utilização no decurso da prevenção e repressão criminal é, pois, justificada desde que proporcional à sua finalidade e obrigatoriamente sob supervisão jurisdicional, traduzida na necessidade de autorização prévia e controle posterior da atuação e da matéria probatória obtida.

O direito constitucional tem implicação direta no processo penal, existindo uma estreita relação entre ambos, ao ponto do segundo poder ser considerado “o verdadeiro “sismógrafo” de uma lei fundamental²⁵⁹”.

A Constituição inclui várias disposições fundamentais de âmbito processual e criminal. O art. 32º (Garantias de processo criminal) expõe e concretiza os princípios fundamentais da estrutura do processo penal e princípios materiais do processo criminal – constituição processual criminal. No texto constitucional reconhece-se um conjunto de

²⁵⁷ Lei 38/2009, de 20 de julho, art. 1º e 2º.

²⁵⁸ Isabel Oneto, O Agente Infiltrado, p. 168-169.

²⁵⁹ Gomes Canotilho e Vital Moreira, CRP anotada Volume I, p. 505.

direitos ao arguido, a caracterização do processo penal, o papel interventivo do Juiz e os limites dos meios de prova e a sua valoração.

Outras disposições igualmente relevantes estão presentes no: art. 13º, n.º 1 (Princípio da igualdade dos cidadãos perante a lei), art. 18º (Força jurídica), art. 25º (Direito à integridade pessoal), art. 27º (Direito à liberdade e segurança), art. 29º n.º 5 e 6 (Aplicação da lei criminal que incluiu o princípio de *non bis in idem* e direito à revisão de sentença e indemnização por condenação injusta), art. 31º (Habeas corpus) e art. 34º (Inviolabilidade do domicílio e da correspondência).

Vejam, então, algumas das garantias elencadas:

A CRP ao consagrar a igualdade dos cidadãos perante a lei (art. 13º, n.º 1) acolhe a versão historicamente adquirida que proíbe a diferenciação das pessoas em classes jurídicas distintas com diferentes direitos e deveres. O princípio da igualdade tem a ver fundamentalmente com igual imposição em matéria de direitos e deveres. Em princípio, os direitos e vantagens devem beneficiar a todos; e os deveres e encargos devem impender sobre todos²⁶⁰.

O art. 18º revela-se nuclear no regime constitucional específico dos “direitos, liberdades e garantias”. O n.º 1 especifica a força normativa de todos os preceitos constitucionais referentes a direitos liberdades e garantias, por sua vez, no n.º 2 e 3 estabelece-se o estatuto global das leis restritivas, individualizando-se os princípios constitucionais heteronomamente vinculativos das intervenções do legislador na esfera dos direitos, liberdades e garantias²⁶¹.

O direito à liberdade e segurança (art. 27º) significa a liberdade física e de movimentos e a segurança de pessoas e bens através da proteção dos poderes públicos.

No art. 34º a Constituição qualifica de invioláveis o direito ao domicílio, sigilo da correspondência e das comunicações privadas. Trata-se, porém, de uma inviolabilidade de princípio que pode ser restringida pelo legislador reunidos determinados pressupostos bastante vinculados.

Nos termos do referido supra, o art. 32º condensa os mais relevantes princípios materiais do processo criminal. O direito processual penal funda-se na Constituição no sentido de que as normas que o constituem ou são elas próprias normas formalmente constitucionais,

²⁶⁰Gomes Canotilho e Vital Moreira, CRP anotada Volume I, p. 338.

²⁶¹Gomes Canotilho e Vital Moreira, CRP anotada Volume I, p. 382.

ou são autorizadas ou delegadas por outras normas constitucionais. A Constituição estabelece, assim, através da definição de direitos, liberdades e garantias o quadro de valores fundamentais da ordem jurídica portuguesa²⁶².

Neste contexto atentemos nas palavras de Vieira de Andrade²⁶³: “*Não será seguramente novidade afirmar que os direitos fundamentais, mesmo os direitos, liberdades e garantias não são absolutos nem ilimitados... o problema dos limites dos direitos fundamentais se coloca, afinal, na maior parte dos casos, como um conflito prático entre valores – entre os valores próprios dos direitos ou entre esses e outros valores comunitários-no contexto do sistema constitucional.*” (...) “*Nalguns preceitos, a Constituição autorizou a lei ordinária a restringir determinados direitos em alguns aspetos ou para determinadas finalidades ou então atribuiu-lhe expressamente uma competência de regulação geral da matéria que pode ser interpretada como incluindo poderes de restrição*”. O poder de restrição do legislador é, como já se viu, um poder vinculado, de modo que a sua concessão não coloca os direitos fundamentais à mercê do legislador.

Durante o debate parlamentar, o Ministro da Justiça, António Costa, justificou o pacote de medidas legislativas de combate à criminalidade mais grave e organizada (Regime Jurídico das Ações Encobertas, alterações à Lei Orgânica da Polícia Judiciária, Regime Penal do Tráfico e Detenção de Armas e Lei da Cooperação Judiciária em Matéria Penal) com o facto de “*à globalização da criminalidade transnacional há que responder com a globalização de repressão da criminalidade*”. Sustentou que “*num Estado de direito democrático, a polícia não é uma ameaça à liberdade, é um instrumento fundamental para a garantia dos direitos do cidadão*” e fundamentou que “*maior eficácia no combate à criminalidade significa maior segurança para os cidadãos*”²⁶⁴.

As ações encobertas estão sujeitas aos princípios da necessidade e proporcionalidade, submetidas a controlo jurisdicional na fase prévia - dependem de autorização de magistrado - e posterior através do controlo dessa atuação e da prova obtida. Sem a sua utilização é impossível investigar e perseguir as formas mais graves de criminalidade contemporânea, nomeadamente terrorismo, tráfico de estupefacientes ou armas ou pessoas, crime organizado nacional e transnacional, a título de exemplo.

²⁶² Cfr. Proposta de Lei 79/VIII (Regime Jurídico das Ações Encobertas).

²⁶³ Vieira de Andrade, Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, p.283 e ss.

²⁶⁴ Cfr. Proposta de Lei 79/VIII (Regime Jurídico das Ações Encobertas)

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

Os meios logísticos, capacidade financeira e influências, de todo o género, complementados com a “solidariedade” criminosa das organizações tornou-as imunes ao controlo das instâncias formais. Consequentemente, exigem-se métodos de investigação eficazes às manifestações mais ameaçadoras da criminalidade, pois apenas estes são aptos para se investigar, perseguir o crime e obter matéria probatória que permita responsabilizar penalmente os “poderes criminosos paralelos”.

Na busca do ponto de equilíbrio entre os limites e limitações, harmonização e restrição de direitos, recordamos as palavras de Costa Andrade que sustenta a inadmissibilidade, a coberto de estrita proibição de prova, da intervenção do homem de confiança quando se limita a provocar uma pessoa ao consumo de estupefacientes, com o fim exclusivo de, como tal, só como mero consumidor, o perseguir penalmente. O mesmo tenderá a valer, em geral, para os demais casos de intervenção de homens de confiança com propósitos e para fins unicamente repressivos: isto é, exclusivamente preordenada à repressão de crimes já consumados, em homenagem nomeadamente à ideia duma administração eficaz da justiça penal.

Não partilhamos completamente da última apreciação, a este propósito, manifestada pelo autor. Admitimos, sim, que as ações encobertas podem ser imprescindíveis na repressão de crimes já consumados, de diversos tipos, e sem as quais é impossível apurar a verdade e responsabilizar os seus agentes. Restringir as ações encobertas, como se dispõe no texto infra, a finalidades exclusivas ou predominantemente preventivas, como refere o autor, pode deixar a “sociedade desarmada face a manifestações drásticas e intoleráveis de criminalidade”. Aliás, sempre se questionaria quais as razões e natureza que justificavam a sua utilização na fase preventiva do crime e a impossibilidade ao seu recurso, para o mesmo crime, na fase reativa.

Para aquele autor, o tratamento já poderá ser diverso sempre que o homem de confiança prossiga finalidades exclusivas ou predominantemente preventivas. Pelo menos em relação a perigos concretos e imediatos de atentado contra a vida ou a perigo correspondente de sacrifício grave da integridade física de terceiros. Será concretamente assim, sempre que a perseguição de eventuais agentes, lograda através do homem de confiança, se integre em programas de repressão e dismantelamento do terrorismo, da criminalidade violenta ou altamente organizada. Doutra forma, deixar-se-ia a sociedade desarmada face a manifestações tão drásticas e intoleráveis de criminalidade. Ou, em alternativa - risco não menos sério e de consequências não menos perversas e indesejáveis - induzir-se-ia o recurso a formas

incontroláveis de resposta²⁶⁵».

5. ANÁLISE DO REGIME JURÍDICO

5.1 – Exposição prévia

O regime jurídico das ações encobertas - Lei 101/2001, de 25 de agosto, revogou o art. 59º e 59º-A da Lei 15/93, de 22 de janeiro e o art. 6º da Lei 36/94, de 29 de setembro.

As ações encobertas contribuíram para alterar o paradigma da investigação criminal, baseado nas técnicas clássicas do método reativo, permitindo a implementação de técnicas de acompanhamento e antecipação durante a investigação de forma proativa.

O método investigatório *ex post facto* (**reativo**) apresenta um padrão orientado na recolha de prova e identificação do suspeito (s). A sequência habitual da investigação inclui: a preservação e exame do *locus delicti*, recolha de testemunhos com conhecimento direto ou indireto do crime, informação e avaliação de dados de várias fontes, eventual intervenção de especialistas de áreas diversas, identificação e sinalização do suspeito (s).

Ao método **reativo** contrapõe-se o método **proativo**. Este foca a intervenção no conhecimento e acompanhamento das organizações criminosas, dos seus métodos e objetivos e, para tal, recorre regularmente às ações encobertas para atingir esses fins. Por princípio, o método proativo, predominantemente preventivo ou antecipatório, utiliza-se no crime organizado e grave - terrorismo, tráfico estupefacientes, armas, pessoas, criminalidade transnacional e outros da mesma natureza -. A iniciativa da investigação principia nas instâncias formais -poder judicial ou polícia de investigação- por antecipação a futuros comportamentos criminosos.

A investigação proativa concentra-se, fundamentalmente, no comportamento criminoso e não no crime. O processo de recolha e tratamento da informação vai permitir compreender e antecipar se determinados crimes (tráficos, roubos, homicídios, criminalidade económica e financeira) estão a ser ou vão ser cometidos no âmbito da organização. Só o recurso a este método de investigação vai permitir a necessária identificação dos responsáveis e intervenientes, o particular *modus operandi* e a recolha de matéria probatória suficiente e

²⁶⁵Costa Andrade, Sobre as proibições da prova em Processo Penal, p.232-233.

consistente para a perseguição penal, apuramento da responsabilidade e condenação dos agentes.

A nova realidade criminal não pode ser investigada com os métodos tradicionais. Não é possível investigar estruturas complexas, organizadas e dispersas num Estado ou múltiplos Estados, sem meios de obtenção da prova eficazes e legalmente adaptados aos novos desafios criminais. Compete ao legislador revelar o engenho e arte para encontrar os instrumentos penais e processuais que reforcem a confiança da comunidade nas instâncias formais e, simultaneamente, permitam maior eficácia na atuação judicial/policial.

A investigação criminal dos tempos modernos e o legislador alcançaram que os novos desafios, apresentados pela criminalidade contemporânea, exigem uma resposta eficaz e consolidada que utilize instrumentos formal e procedimentalmente adequados à sua prossecução. As ações encobertas são, sem dúvida, um dos melhores instrumentos à disposição da investigação e do poder judicial para enfrentar os atuais e futuros “senhores do crime”.

5.2 Objeto

O art. 1º, da Lei 101/2001, de 25 de agosto, fixa o **objeto do regime jurídico** das ações encobertas para fins de prevenção e investigação criminal. A **prevenção criminal** é uma das funções da Polícia e na Constituição está consagrada no art. 272º, n.º 3, enquanto a definição de **investigação criminal** está prevista no art. 1º, da Lei 49/2008, de 27 de agosto (Lei da Organização da Investigação Criminal) como melhor se particulariza infra.

A prevenção dos crimes, na expressão do legislador, tipicamente pode concretizar-se pelas funções de vigilância e prevenção criminal -em sentido estrito-. A função de **vigilância** permite impedir que “sejam transgredidas as limitações impostas pelas normas e atos das autoridades para defesa da segurança interna, da legalidade democrática e direitos dos cidadãos”. “A função de **prevenção criminal** é traduzida na adoção de medidas adequadas para prevenir certas infrações de natureza criminal e apenas pode recorrer a procedimentos restritivos da liberdade e segurança nos casos expressamente admitidos pela Constituição ou lei. “Medidas de prevenção de crimes serão apenas medidas de proteção de pessoas e bens,

vigilâncias de indivíduos e locais suspeitos, mas não podem ser medidas de limitação de direitos, liberdades e garantias dos cidadãos”²⁶⁶.

A Lei de Organização da Investigação Criminal (LOIC²⁶⁷) não possuiu qualquer referência específica à prevenção criminal. Nos diplomas orgânicos da PSP²⁶⁸ e GNR²⁶⁹, ambos, nas Disposições Gerais, Capítulo I, art. 3º, n.º 2, al. c) com a epígrafe Atribuições, dispõem que: 1. Constituem atribuições da PSP e GNR: c) *Prevenir a criminalidade em geral, em coordenação com as demais forças e serviços de segurança.*

Sobre esta matéria a Lei Orgânica da Polícia Judiciária²⁷⁰ no art. 4º com a epígrafe (Prevenção e deteção criminal) atribui competência a esta polícia para:

O n.º 1, al. a) “*Promover e realizar ações destinadas a fomentar a prevenção geral e a reduzir o número de vítimas da prática de crimes, motivando os cidadãos a adotarem precauções e a reduzirem os atos e as situações que facilitem ou precipitem a ocorrência de condutas criminosas; al. b) Proceder às diligências adequadas ao esclarecimento das situações e à recolha de elementos probatórios.*

O n.º 2, “*No âmbito da prevenção criminal a PJ procede à deteção e dissuasão de situações conducentes à prática de crimes, nomeadamente através de fiscalização e vigilância de locais suscetíveis de propiciarem a prática de atos ilícitos criminais, sem prejuízo das atribuições dos restantes órgãos de polícia criminal*”.

O n.º 3 “*No exercício das ações a que se refere o número anterior, a PJ tem acesso à informação necessária à caracterização, identificação e localização das situações, podendo proceder à identificação de pessoas e realizar vigilâncias, se necessário, com recurso a todos os meios e técnicas de registo de som e de imagem, bem como a revistas e buscas, nos termos do disposto no Código de Processo Penal e legislação complementar*”.

Do exposto parece resultar que o legislador ao consagrar a ação encoberta para **fins de prevenção criminal** apenas admite a sua utilização na função de prevenção em **sentido estrito** e nunca em sentido lato na função de vigilância e prevenção genérica.

A prevenção criminal em **sentido estrito** é compaginável com a descrita no art. 4º, n.º 2, da Lei Orgânica da PJ que para a sua realização, nos termos do n.º 3, pode recorrer a

²⁶⁶Gomes Canotilho e Vital Moreira, CRP anotada Volume II, p. 861.

²⁶⁷Lei 49/2008, de 27 agosto.

²⁶⁸Lei nº 53/2007, de 31 de agosto (Lei Orgânica da PSP)

²⁶⁹Lei 63/2007, de 6 de novembro (Lei Orgânica da GNR)

²⁷⁰Lei 37/2008, de 6 de agosto (Lei Orgânica da PJ)

meios de investigação e obtenção de prova (meios técnicos de registo de som e de imagem, revistas e buscas, nos termos do CPP e legislação complementar).

O *saltum* para o recurso à ação encoberta na prevenção criminal apenas é possível como último meio da investigação, ou seja, como afirma Fernando Gonçalves “ *Obedecendo à observância obrigatória do princípio da ultima ratio desta técnica, isto é, do princípio da subsidiariedade, da exceção e da proporcionalidade...na adoção de medidas adequadas para certas infrações de natureza criminal*”.²⁷¹

A investigação criminal nos termos da Lei 49/2008, de 27 de agosto, (LOIC) encontra-se definida no art. 1º (Definição) que dispõe: “*A investigação criminal compreende o conjunto de diligências que, nos termos da lei processual penal, se destinam a averiguar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a sua responsabilidade e descobrir e recolher as provas, no âmbito do processo*”. Como seria de esperar a definição legal apresentada não escapou a críticas diversas confirmando a máxima jurídica latina “*omnis definitio in lege periculosa est*”²⁷². Apesar das diversas opiniões sobre o conceito de investigação criminal, admitimos que esta definição integra o essencial do conteúdo legal e material das *leges artis*, que deve orientar o investigador criminal no exercício do conteúdo funcional.

A investigação criminal, enquanto atividade processual, envolve além da **iniciativa própria**, que pode vir a ser integrada no inquérito, nomeadamente no decurso das medidas cautelares e de polícia, a **atividade por encargo** do Ministério Público, desenvolvendo nesse sentido uma função tipicamente executiva e subordinada. O modelo não impede a delegação nos órgãos de polícia criminal de “*quaisquer diligências e investigações relativas ao inquérito*”. Esta atribuição de competências permite-lhes uma ampla margem de atuação quando é delegada globalmente a investigação do inquérito, nomeadamente devido aos meios e capacidades técnicas de que dispõem.

Creemos que do despacho que delega o encargo da realização de atos do inquérito, decorre necessariamente um campo de autonomia técnica e estratégica, complementada com uma especial capacidade técnico- funcional do OPC. Ao determinar-se que as delegações de competência sejam dirigidas globalmente para a investigação, ficando reservado para a

²⁷¹ Fernando Gonçalves et al, O novo regime jurídico do agente infiltrado, p. 28.

²⁷² “Toda definição em direito é arriscada”.

autoridade judiciária as medidas previstas no art. 270, n.º 2, do do CPP²⁷³, permite-se por esta via a adoção pelo OPC das diligências que entenda mais adequadas. Porém, a investigação terá sempre de ser dirigida à obtenção de indícios suficientes de factos, cuja avaliação e respetivo enquadramento jurídico-penal são da competência da autoridade judiciária, o que impõe interação nas definições estratégicas.

No modelo nacional os órgãos de polícia criminal “**assistem**” o Ministério Público e atuam sob a sua “**direta orientação**” e na “**sua dependência funcional**”²⁷⁴. Para a realização das investigações o Ministério Público necessita da **polícia criminal** como seu auxiliar. Na **delegação de atos** o Ministério Público “*pode conferir a órgão de polícia criminal o encargo de procederem a quaisquer diligências e investigações relativas ao inquérito*”²⁷⁵. Esta ampla delegação das diligências e investigações nos órgãos de polícia criminal coloca a questão de saber quem dentro destes possuiu competências para realizar investigação criminal.

Sobre esta matéria serão formuladas considerações infra que expressam a nossa opinião sobre quem possuiu competências para coadjuvar a autoridade judiciária e desenvolver a função de investigador criminal.

O n.º 2, do art. 1, define os **sujeitos** que podem desenvolver ações encobertas, a saber, funcionários de **investigação criminal** ou **terceiro** atuando sob controlo da Polícia Judiciária.

Em matéria de investigação criminal, as competências estão essencialmente repartidas pela GNR, PSP e Polícia Judiciária enquanto órgãos de polícia criminal de competência genérica. No âmbito das competências que lhes estão atribuídas, os órgãos de polícia criminal²⁷⁶ desenvolvem diligências e investigação criminal, nos termos do disposto no art. 1º, al.c), 55º, 56º, 270º, n.º 1 e 4 todos do CPP.

A Lei Orgânica da Polícia Judiciária está regulada organicamente no DL 275-A/2000, de 09 de novembro e na Lei 37/2008, de 6 de agosto. A Polícia Judiciária é definida como um corpo superior de polícia criminal organizado hierarquicamente na dependência do Ministro da Justiça, art. 1º da Lei 37/2008.

²⁷³ O n.º 2 fixa a competência reservada da autoridade judiciária, que não pode ser exercida pelo OPC.

²⁷⁴ Art. 263º do CPP.

²⁷⁵ Art. 270º n.º 1 e 4 do CPP.

²⁷⁶ Art. 1º al. c) Órgãos de polícia criminal: todas as entidades e agentes policiais a quem caiba levar a cabo quaisquer atos ordenados por uma autoridade judiciária ou determinados por este Código.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

O DL 275-A/2000, de 09 de novembro, no art. 62º al. c) (Grupos de pessoal e carreiras) inclui o grupo de investigação criminal. A carreira de investigação criminal, compreende as seguintes categorias: a) Coordenador superior de investigação criminal; b) Coordenador de investigação criminal; c) Inspetor-chefe; d) Inspetor. Nos art. 65º a 68º estão descritas as **competências ou conteúdos funcionais** das quatro categorias nas quais se releva particularmente a função de investigação criminal - “*Compete ao inspetor executar, sob orientação superior, os serviços de prevenção e investigação criminal....*”.

O recrutamento para a carreira de investigação criminal processa-se por concurso de ingresso para o lugar de inspetor, formação, aprovação em curso de formação e período de estágio probatório com duração de um ano. Após ingresso na carreira de investigação criminal²⁷⁷, o investigador executa o conteúdo funcional - investigação criminal²⁷⁸ - correspondente à atividade para que foi nomeado, isto é, durante o seu percurso profissional **exclusivamente** pode estar afeto e desempenhar funções de investigação criminal. A exclusividade não impede o exercício de outras funções que lhe sejam afins ou funcionalmente ligadas, para as quais o investigador tenha qualificação adequada e que não impliquem desvalorização profissional.

Na PSP e GNR, a título de exemplo, o exercício da função de investigação criminal não obedece aos critérios, para desempenho da função, que foram fixados para os elementos da Polícia Judiciária. Os requisitos de ingresso e formação são completamente distintos dos exigíveis para a Polícia Judiciária, porque o conteúdo funcional é diferente. Após ingresso na carreira (segurança pública²⁷⁹) existe um regime de mobilidade de meios humanos que permite ao OPC permutar entre a função de investigação criminal, função de polícia administrativa ou realização de serviço administrativo. A competência para a investigação

Cfr. Lei 35/2014, de 20 de Junho Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas.

²⁷⁸ Artigo 8.º

Vínculo de nomeação

1 — O vínculo de emprego público constitui -se por nomeação nos casos de exercício de funções no âmbito das seguintes atribuições, competências e atividades:

- a) Missões genéricas e específicas das Forças Armadas em quadros permanentes;
- b) Representação externa do Estado;
- c) Informações de segurança;
- d) Investigação criminal;**
- e) Segurança pública, quer em meio livre quer em meio institucional;
- f) Inspeção.

²⁷⁹ Cfr. alínea e) do art. 8º (nota anterior).

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

criminal da PSP e GNR está prevista no art. 6º da LOIC que atribui a estas forças de segurança a “*investigação dos crimes cuja competência não esteja reservada a outros órgãos de polícia criminal e ainda dos crimes cuja investigação lhes seja cometida pela autoridade judiciária competente para a direção do processo, nos termos do artigo 8º*”²⁸⁰”.

Entendemos, assim, que o n.º 2, do art. 1º, ao dispor “*funcionários de investigação criminal*”, aplica-se exclusivamente aos funcionários de investigação criminal da Polícia Judiciária. Todo aquele que intervenha na ação encoberta e não seja funcionário de investigação criminal da Polícia Judiciária, terá de participar sempre na qualidade de terceiro²⁸¹.

Persiste, contudo, a necessidade de se definir legal e estatutariamente quem é funcionário de investigação criminal e quem está devidamente qualificado para exercer a função.

O regime de vinculação e carreiras dos trabalhadores que exercem funções públicas, no art. 8º al. d),²⁸² autonomiza liminarmente a **carreira da investigação criminal** de outras

²⁸⁰ Artigo 8.º

Competência deferida para a investigação criminal

1 — Na fase do inquérito, o Procurador -Geral da República, ouvidos os órgãos de polícia criminal envolvidos, defere a investigação de um crime referido no n.º 3 do artigo anterior a outro órgão de polícia criminal desde que tal se afigure, em concreto, mais adequado ao bom andamento da investigação e, designadamente, quando: *a)* Existam provas simples e evidentes, na aceção do Código de Processo Penal; *b)* Estejam verificados os pressupostos das formas especiais de processo, nos termos do Código de Processo Penal; *c)* Se trate de crime sobre o qual incidam orientações sobre a pequena criminalidade, nos termos da Lei de Política Criminal em vigor; ou *d)* A investigação não exija especial mobilidade de atuação ou meios de elevada especialidade técnica.2 — Não é aplicável o disposto no número anterior quando: *a)* A investigação assuma especial complexidade por força do caráter plurilocalizado das condutas ou da pluralidade dos agentes ou das vítimas; *b)* Os factos tenham sido cometidos de forma altamente organizada ou assumam caráter transnacional ou dimensão internacional; ou *c)* A investigação requeira, de modo constante, conhecimentos ou meios de elevada especialidade técnica.3 — Na fase do inquérito, o Procurador -Geral da República, ouvidos os órgãos de polícia criminal envolvidos, defere à Polícia Judiciária a investigação de crime não previsto no artigo anterior quando se verificar alguma das circunstâncias referidas nas alíneas do número anterior .4 O deferimento a que se referem os n.os 1 e 3 pode ser efetuado por despacho de natureza genérica do Procurador--Geral da República que indique os tipos de crimes, as suas concretas circunstâncias ou os limites das penas que lhes forem aplicáveis.5 — Nos casos previstos nos n.os 4 e 5 do artigo anterior, o Procurador -Geral da República, ouvidos os órgãos de polícia criminal envolvidos, defere a investigação a órgão de polícia criminal diferente da que a tiver iniciado, de entre os referidos no n.º 4 do mesmo artigo, quando tal se afigurar em concreto mais adequado ao bom andamento da investigação.6 — Por delegação do Procurador -Geral da República, os procuradores -gerais distritais podem, caso a caso, proceder ao deferimento previsto nos n.os 1, 3 e 5.7 — Na fase da instrução, é competente o órgão de polícia criminal que assegurou a investigação na fase de inquérito, salvo quando o juiz entenda que tal não se afigura, em concreto, o mais adequado ao bom andamento da investigação.

²⁸¹ No mesmo sentido Fernando Gonçalves, O novo regime jurídico do agente infiltrado, p. 42.

²⁸² Lei n.º 12-A/2008, de 27 de fevereiro.

funções e competências exclusivas do Estado, como é o caso da segurança pública, quer em meio livre, quer institucional.

Para o Professor Marcello Caetano²⁸³ "A polícia judiciária investiga os delitos que a polícia administrativa não impediu que se cometessem, reúne as respetivas provas e entrega os autores aos tribunais encarregados por lei de os punir...", enquanto "A polícia administrativa tem por objeto a manutenção habitual da ordem pública em toda a parte e em todos os setores da administração geral".

Esta distinção clássica está hoje esbatida. Com efeito, por força da LOIC e dos vários diplomas orgânicos, e outros instrumentos legais que regem as Polícias, todas possuem, indistintamente, funções cautelares de prevenção criminal e funções no âmbito da investigação criminal, da ação e da repressão penal. A atribuição de novas funções às diversas polícias não afastou a necessidade de se definir conceitos de competência funcional e material legalmente definidos na LOIC²⁸⁴.

As alterações verificadas não são, contudo, suscetíveis de alterar o modelo eminentemente administrativo e a matriz policial de segurança pública que continua a prevalecer nomeadamente na PSP e GNR. Estas polícias, definidas organicamente como forças de segurança²⁸⁵, têm por funções primaciais defender a legalidade democrática, garantir

²⁸³ Marcello Cateno, Manual de Direito Administrativo, 8ª ed, vol.II, p. 1106: A distinção entre polícia administrativa e a polícia judiciária tem origem legislativa no Código Francês ao considerar que "A polícia administrativa tem por objeto a manutenção habitual da ordem pública em toda a parte e em todos os setores da administração geral. O seu fim é, principalmente, o de prevenir os delitos. A polícia judiciária investiga os delitos que a polícia administrativa não impediu que se cometessem, reúne as respetivas provas e entrega os autores aos tribunais encarregados por lei de os punir. Esta atividade de polícia judiciária é hoje designada no CPP por polícia criminal e pode ser exercida tanto pela corporação Polícia Judiciária como pelas demais corporações policiais (PSP, GNR, etc.).

²⁸⁴ A LOIC no artº 3º, 6º, 7º e 8º procede à clarificação dos conceitos de competência genérica, específica e reservada. Neste sentido, a lei continua a designar como órgãos de polícia criminal de competência genérica a Polícia Judiciária, a Polícia de Segurança Pública e a Guarda Nacional Republicana. Refere como órgãos de polícia criminal de competência específica os restantes. Identifica como órgãos de polícia criminal de competência reservada aqueles aos quais a lei confere competência exclusiva para a investigação de determinados crimes – incluindo expressamente nesta última categoria a Polícia Judiciária.

²⁸⁵ Artigo 1.º

Definição

1 - **A Polícia de Segurança de Segurança Pública**, adiante designada por PSP, é uma força de segurança, uniformizada e armada, com natureza de serviço público e dotada de autonomia administrativa.

Artigo 1.º

Definição

1 — **A Guarda Nacional Republicana**, adiante designada por Guarda, é uma força de segurança de natureza militar, constituída por militares organizados num corpo especial de tropas e dotada de autonomia administrativa.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

a segurança interna e os direitos dos cidadãos, acolhendo desta forma a letra do n.º 1, do artigo 272.º, da CRP que condensa o chamado direito constitucional de polícia.

A Lei Orgânica da Polícia Judiciária, define-a como um corpo superior de polícia criminal auxiliar da administração da justiça, organizado hierarquicamente na dependência do Ministro da Justiça e fiscalizado nos termos da lei, competindo-lhe a missão de coadjuvar as autoridades judiciárias na investigação e desenvolver e promover as ações de prevenção, deteção e investigação da sua competência ou que lhe sejam cometidas pelas autoridades judiciárias competentes.

Esta definição afasta, *ab initio*, o espectro da repressão como exclusivo caráter distintivo deste ramo de polícia. Acentua, ainda, a sua matriz funcional e material com responsabilidades na prevenção e deteção da criminalidade e a função de coadjuvar as autoridades judiciárias na investigação criminal.

A coadjuvação da autoridade judiciária, nos termos do n.º 1, do art. 55º, e art. 56º do CPP, pressupõe a atuação no processo sob **direção** da autoridade judiciária e na sua **dependência funcional** e os atos delegados pelas autoridades judiciárias são realizados pelos funcionários designados pelas autoridades de polícia criminal. A questão que se impõe elucidar é: que funcionários estão devidamente qualificados para realizar a investigação criminal e como é feita a respetiva seleção e formação?

A investigação criminal é conduzida no inquérito sob a direção e na dependência funcional da autoridade judiciária, que dirige a investigação delegando “diligências e investigações (art. 270º, n.º 1, 3 e 4 e 290º, n.º 2, do CPP) ou a própria “investigação de um crime” (art. 8º, n.º 1 e 3 da Lei 49/2008 de, 27 de agosto²⁸⁶). Esta dependência funcional permite, no entanto, aos órgão de polícia criminal manter a independência orgânica e a autonomia técnica e tática que é exercida de acordo com a cadeia de comando hierárquico interno (art. 2º, n.º 5 e 6 da Lei 49/2008, de 27 de agosto).

A *leges artis* da investigação criminal²⁸⁷ implica a aquisição de um conjunto de conhecimentos e matérias específicas de índole diversa que habilite o investigador a

²⁸⁶ Lei 49 /2008, de 27 de agosto – Lei da Organização da Investigação Criminal – que revogou a Lei 21/2000, de 10 de agosto

²⁸⁷ Artigo 1.º (Lei 49/2008, de 27 de agosto)

Definição

A investigação criminal compreende o conjunto de diligências que, nos termos da lei processual penal, se destinam a averiguar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a sua responsabilidade e descobrir e recolher as provas, no âmbito do processo.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

desempenhar a sua função, na dependência funcional da autoridade judiciária, com a autonomia técnica e tática necessária ao eficaz exercício.

A carreira de investigação criminal na Polícia Judiciária, a que está atribuído o grau 3 de complexidade funcional, isto é, o mais elevado na administração pública, obedece a pressupostos e requisitos desde o procedimento concursal²⁸⁸ até à nomeação na carreira e, durante o percurso profissional, o investigador exclusivamente pode executar competências funcionais na área da investigação criminal.

Não é assim com os outros órgãos que atuam no inquérito e realizam investigação criminal. Nestes órgãos de polícia criminal o concurso e admissão na função destina-se primordialmente ao exercício funcional da atividade de segurança pública interna. O “*saltum*” para a investigação criminal pode ocorrer por convite ou após ingresso e frequência de um curso complementar, que possibilita ao candidato a intervenção no inquérito e realizar os atos ordenados pela autoridade judiciária ou determinados pelo código de processo penal. Porém, o exercício da nova função pode ser interrompido a qualquer momento, pela competente hierarquia, e o agente regressa à primitiva função de atividade de segurança interna.

Após este rápido excuro pela investigação criminal e entidades competentes para a sua realização, centramos a nossa atenção no art. 1º (Objeto) para concluirmos que: o regime jurídico aprovado permite distinguir claramente a intervenção legal da ilegal, esta na conceção do agente provocador, durante a utilização da ação encoberta. Rejeita-se definitivamente a figura do provocador e limita-se os abusos do *jus puniendi* do Estado ao restringir-se os métodos e meios disponíveis para a investigação criminal. Os fins não podem justificar os meios e métodos. Exige-se do Estado de direito democrático uma intervenção consolidada no princípio da lealdade e do *fair trial*, entendido no duplo sentido de que a investigação e obtenção de provas devem produzir-se em conformidade com o respeito das pessoas e da dignidade da justiça.

²⁸⁸ Artigo 124.º

Inspetor

1 - A categoria de inspetor compreende nove escalões.

2 - Os lugares de inspetor de escalão 1 são providos por inspetores estagiários considerados aptos.

3 - Os inspetores estagiários são providos de entre indivíduos de idade inferior a 30 anos, habilitados com licenciatura adequada, pelo menos 35% dos quais em Direito, com carta de condução de veículos ligeiros, aprovados em concurso e habilitados com o curso de formação ministrado no Instituto Superior de Polícia Judiciária e Ciências Criminais.

5.3 Âmbito de aplicação

O novo regime jurídico expandiu significativamente o âmbito de aplicação, mas simultaneamente fixou taxativamente os tipos criminais que permitem a admissibilidade das ações encobertas na prevenção e investigação de crimes.

O catálogo de crimes, do art. 2º, incluiu crimes de competência reservada absoluta, relativa, ou partilhada, art.7º, nº.2, 3 e 4, respetivamente, da Polícia Judiciária nos termos da LOIC²⁸⁹. Fora dos casos previstos taxativamente, no art. 2º, é ainda possível o recurso a **ação encoberta** no âmbito da Lei 109/2009, de 15 de setembro, Lei do Cibercrime, e Cooperação Judiciária Internacional, Lei 144/99, de 31 de agosto²⁹⁰.

²⁸⁹ Artigo 2.º Âmbito de aplicação

As ações encobertas são admissíveis no âmbito da prevenção e repressão dos seguintes crimes: a) Homicídio voluntário, desde que o agente não seja conhecido; b) Contra a liberdade e contra a autodeterminação sexual a que corresponda, em abstrato, pena superior a 5 anos de prisão, desde que o agente não seja conhecido, ou sempre que sejam expressamente referidos ofendidos menores de 16 anos ou outros incapazes; c) Relativos ao tráfico e viciação de veículos furtados ou roubados; d) Escravidão, sequestro e rapto ou tomada de reféns; e) Tráfico de pessoas; f) Organizações terroristas e terrorismo; g) Captura ou atentado à segurança de transporte por ar, água, caminho de ferro ou rodovia a que corresponda, em abstrato, pena igual ou superior a 8 anos de prisão; h) Executados com bombas, granadas, matérias ou engenhos explosivos, armas de fogo e objetos armadilhados, armas nucleares, químicas ou radioativas; i) Roubo em instituições de crédito, repartições da Fazenda Pública e correios; j) Associações criminosas; l) Relativos ao tráfico de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas; m) Branqueamento de capitais, outros bens ou produtos; n) Corrupção, peculato e participação económica em negócio e tráfico de influências; o) Fraude na obtenção ou desvio de subsídio ou subvenção; p) Infrações económico-financeiras cometidas de forma organizada ou com recurso à tecnologia informática; q) Infrações económico-financeiras de dimensão internacional ou transnacional; r) Contrafação de moeda, títulos de créditos, valores selados, selos e outros valores equiparados ou a respetiva passagem; s) Relativos ao mercado de valores mobiliários.

²⁹⁰ Cfr. art. 19 da Lei n.º 109/2009 – Lei do Cibercrime - que dispõe o seguinte: Artigo 19.º - Ações encobertas 1 - É admissível o recurso às ações encobertas previstas na Lei n.º 101/2001, de 25 de agosto, nos termos aí previstos, no decurso de inquérito relativo aos seguintes crimes: a) Os previstos na presente lei; b) Os cometidos por meio de um sistema informático, quando lhes corresponda, em abstrato, pena de prisão de máximo superior a 5 anos ou, ainda que a pena seja inferior, e sendo dolosos, os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual nos casos em que os ofendidos sejam menores ou incapazes, a burla qualificada, a burla informática e nas comunicações, a discriminação racial, religiosa ou sexual, as infrações económico-financeiras, bem como os crimes consagrados no título iv do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos. 2 - Sendo necessário o recurso a meios e dispositivos informáticos observam-se, naquilo que for aplicável, as regras previstas para a interceção de comunicações.

Em matéria de Cooperação Judiciária Internacional, cfr. o art. 160-B da Lei n.º 144/99, de 31 de agosto, com o seguinte teor: Artigo 160.º-B Ações encobertas 1 - Os funcionários de investigação criminal de outros Estados podem desenvolver ações encobertas em Portugal, com estatuto idêntico ao dos funcionários de investigação criminal portugueses e nos demais termos da legislação aplicável. 2 - A atuação referida no número anterior depende de pedido baseado em acordo, tratado ou convenção internacional e da observância do princípio da reciprocidade. 3 - A autoridade judicial competente para a autorização é o juiz do Tribunal Central de Instrução Criminal, sob proposta do magistrado do Ministério Público junto do Departamento Central de Investigação e Ação Penal (DCIAP).

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

A seleção heterogénea dos tipos e natureza de crimes elencados permite identificar uma matriz dirigida a manifestações de criminalidade organizada, violenta, grave, transnacional, que coloca em causa bens jurídicos expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais, à ordem social, política e económica. A área económica e financeira é, sem dúvida, uma extensão em que o legislador sentiu a necessidade de conceder à investigação criminal capacidade para utilização da ação encoberta, reconhecendo as excepcionais dificuldades que existem na investigação e recolha de material probatório neste género de criminalidade.

Além da sua natureza, os crimes do catálogo, pela complexidade que reveste a investigação e a recolha de prova e a sua localização, quantas vezes fora do país ou até do continente em que decorre a investigação, justificam amplamente a utilização do agente encoberto, sempre na estrita observância obrigatória do princípio da *ultima ratio*.

Fora dos casos tipificados não é admissível a ação encoberta, pelo que, excluído o âmbito fixado a intervenção não é legalmente admissível e toda a matéria probatória é considerada prova proibida, nos termos do art. 125º e 126º do CPP. A sua obtenção deve ser considerada “método proibido de prova”, nos termos do disposto no art. 126º, n.º 2, al. a), parte final (utilização de meios enganosos), e constituindo crime as provas obtidas podem ser utilizadas com o fim exclusivo de proceder contra os agentes do mesmo.

A ação encoberta não é exclusiva dos funcionários de investigação criminal nacionais. A Lei 144/99, de 31 de agosto na redação da Lei 104/2001, de 25 de agosto (Lei da Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal) atribui aos funcionários de investigação criminal de outros Estados um estatuto idêntico aos funcionários de investigação criminal nacionais, impondo-se igualmente a sua submissão ao regime jurídico em vigor, nos termos do art. 160-B, n.º 1²⁹¹. Este tipo de cooperação internacional é suscetível de colocar algumas dificuldades na sua aplicação entre Estados, devido às normais diferenças legislativas e necessidade de interação entre os sistemas legais.

Não obstante os desenvolvimentos na cooperação judiciária internacional, existem situações em que o agente encoberto tem de operar em mais que um país ou continente e, naturalmente, podem colocar-se questões que conflituem com o seu estatuto. Nestes casos

²⁹¹ Isabel Oneto, O Agente Infiltrado, p.116.

pode revelar-se problemática a aplicação do regime legal ao agente encoberto e revelar-se inviável a sua utilização no âmbito da cooperação internacional²⁹².

5.4 Requisitos

O art. 3º (Requisitos) condensa os **requisitos** que estão subjacentes ao uso da ação encoberta.

Nos termos do n.º 1²⁹³, as ações encobertas estão sujeitas ao requisito do princípio da **adequação** e princípio da **proporcionalidade**, também designado por princípio da proibição do excesso²⁹⁴. Deste princípio resultam **três subprincípios**: princípio da **adequação**, do qual se extrai que a medida legal adotada deve revelar-se como meio adequado para a prossecução dos fins visados pela lei, *in casu*, para a prevenção ou investigação criminal e recolha de material probatório; princípio da **necessidade ou exigibilidade**, a ação encoberta é o único meio exigível para a situação em concreto e nestas circunstâncias revela-se como o meio de obtenção de prova menos oneroso para os direitos liberdades e garantias do visado; princípio da **proporcionalidade em sentido estrito**, significa que a medida e os meios não devem ser desproporcionados em relação aos fins que se pretendem obter, ou seja, a medida adotada deve ser suportável pelo visado sem ultrapassar o limite absoluto para a restrição de direitos liberdades e garantias.

A ação encoberta tem obrigatoriamente de ser a *ultima ratio*, como técnica investigatória de natureza excecional, a ser utilizada apenas quando todos os restantes métodos se revelem ineficazes, por convocação do princípio da **subsidiariedade**. Por isso, na esteira de Germano Marques, concordamos só deve ser autorizada “*quando a inteligência dos agentes da justiça ou os meios sejam insuficientes para afrontar com sucesso a atividade dos criminosos e a criminalidade ponha gravemente em causa os valores fundamentais que à justiça criminal cabe tutelar*”²⁹⁵.

²⁹² No âmbito da cooperação internacional tem surgido alguma dificuldade na articulação dos regimes legais, nomeadamente no decurso de ações encobertas com intervenção em mais que um estado que podem implicar a responsabilidade penal ou utilização de identidade fictícia.

Art. 3º n.º 1 “As ações encobertas devem ser adequadas aos fins de prevenção e repressão criminais identificados em concreto, nomeadamente a descoberta de material probatório, e proporcionais quer àquelas finalidades quer à gravidade do crime em investigação”.

²⁹⁴ Gomes Canotilho e Vital Moreira, CRP anotada Volume I, p. 393.

²⁹⁵ Germano Marques da Silva, Curso de Processo Penal II, p. 193.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

O n.º 2 prevê a não obrigação de qualquer pessoa participar em ação encoberta²⁹⁶. A recusa de participar em ação encoberta deve considerar-se como exercício de **direito potestativo**. Tal recusa legal significa que a decisão unilateral, por sua vontade exclusiva, produz efeitos jurídicos que inelutavelmente se impõem à contraparte que, neste caso, nada pode fazer para evitar a projeção do efeito jurídico na sua esfera.

Durante o debate parlamentar, o Ministro da Justiça²⁹⁷ justificou a **exclusão da obrigatoriedade** por considerar que a ação encoberta pode comportar “circunstâncias de risco anormal”, considerando justo que “não se possa impor ao agente que se submeta a esse risco”. A justificação apresentada, sendo aceitável, parece-nos que pode ser complementada com argumentos de índole técnica e profissional que podem ser exigidos no âmbito da ação encoberta. Situações existem em que, apesar da formação concedida aos elementos que desenvolvem ou supervisionam a ação encoberta, são exigidos conhecimentos e experiência - v.g. de línguas estrangeiras, navegação aérea e marítima, na área da economia e finanças - para os quais o funcionário da investigação não detém necessária e adequada qualificação.

Ao permitir-se ao funcionário da investigação criminal ou terceiro a recusa de participar em ação encoberta, optou-se por consagrar o princípio da liberdade em geral e em especial na não vinculação em desenvolver uma técnica de risco elevado e para a qual pode não se estar devidamente credenciado.

O n.º 3²⁹⁸, n.º 4²⁹⁹ e n.º 5³⁰⁰ prevê e concretiza a intervenção da autoridade judiciária na ação encoberta. O recurso a esta só é possível com a prévia autorização do MP ou Juiz de Instrução, nos termos do previsto no n.º 3 e 4. O n.º 3 e 4, em sede de especialidade, foram objeto de alterações legais significativas, nomeadamente, ao conferir a obrigatoriedade de

²⁹⁶Art. 3º n.º 2 “Ninguém pode ser obrigado a participar em ação encoberta”.

²⁹⁷DAR, I Série, nº 99, de 22 de junho de 2001, pp 3865-3866.

²⁹⁸Art. 3º n.º 2 “A realização de uma ação encoberta no âmbito do inquérito depende de prévia autorização do competente magistrado do Ministério Público, sendo obrigatoriamente comunicada ao juiz de instrução e considerando-se a mesma validada se não for proferido despacho de recusa nas setenta e duas horas seguintes”.

²⁹⁹Art. 3º n.º 4 “ Se a ação referida no número anterior decorrer no âmbito da prevenção criminal, é competente para autorização o juiz de instrução criminal, mediante proposta do Ministério Público”.

³⁰⁰Art.3º n.º 5 –“ Nos casos referidos no número anterior, a competência para a iniciativa e a decisão é, respetivamente, do magistrado do Ministério Público junto do Departamento Central de Investigação e Ação Penal e do juiz do Tribunal Central de Instrução Criminal”.

intervenção do Juiz de Instrução, quer a ação encoberta se encontre na fase de inquérito, quer no âmbito da prevenção criminal³⁰¹.

Na fase de **inquérito**, n.º 3, a autoridade judiciária competente para a autorização da ação encoberta é o Ministério Público, que obrigatoriamente a comunica ao Juiz de Instrução para validação. Se no prazo de 72 horas não for exarado despacho de recusa considera-se validada a autorização concedida pelo MP.

A ação encoberta que decorre no âmbito da **prevenção criminal**, n.º 4, possuiu um regime diferente, pois necessita de prévia autorização do Juiz de Instrução, mediante proposta do Ministério Público. A distinção operada entre a ação encoberta na fase de inquérito e na prevenção criminal corresponde à delimitação e articulação das competências das duas instâncias. Entre Ministério Público e o Juiz de Instrução não deve existir concorrência funcional, e, em princípio, a atividade do inquérito compete ao primeiro dos sujeitos na medida em que está teleologicamente vinculada à sua decisão sobre a ação penal.

O regime que excluiu o Juiz de Instrução da direção do inquérito é também o único que se compatibiliza com a independência dos tribunais judiciais, enquanto entidades com competência exclusiva em matéria de restrição de direitos, liberdades e garantias. A separação de competências e capacidade de intervenção Ministério Público e Juiz de Instrução, na fase de inquérito e prevenção criminal, conduziu à fixação de mecanismos de autorização e controlo distintos quando a ação encoberta decorre no âmbito da prevenção ou investigação criminal.

O n.º 5 complementa e clarifica o n.º 4 ao considerar que a iniciativa da ação encoberta, no âmbito da prevenção criminal, parte do magistrado do Ministério Público junto do Departamento Central de Investigação e Ação Penal (DCIAP) e do Juiz do Tribunal Central de Instrução Criminal (TCIC). Por imperativo legal, toda a ação encoberta, efetuada no âmbito da prevenção criminal, é da iniciativa do magistrado do MP junto do DCIAP e do TCIC que estão sediados em Lisboa. Não se alcança que motivos superiores determinaram o legislador a conceder a competência exclusiva desta matéria às duas entidades referidas, sendo certo que a ação encoberta no âmbito do inquérito obedece às regras gerais da competência territorial.

³⁰¹ Esta matéria já foi alvo de apreciação na Secção A Proposta de Lei.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

O n.º 6 impõe à Polícia Judiciária a elaboração do relato da intervenção do agente encoberto no prazo máximo de 48 horas, após o termo daquela. O relato da intervenção do agente encoberto deverá conter a matéria probatória, e outros elementos que possam revelar-se úteis para a decisão final, recolhida durante a intervenção devido à possibilidade da sua utilização na fase de inquérito ou instrução.

5.5 Proteção de funcionário e terceiro

O art. 4º (Proteção de funcionário e terceiro) tem por objeto a **proteção** do funcionário de investigação criminal e terceiro que participa na ação encoberta. A proteção e segurança, daquele que por necessidade da investigação tem de contactar ou interagir junto de criminosos e pode estar sujeito a eventuais represálias, impôs-se como uma preocupação fundamental e mereceu acolhimento neste preceito. A sua concretização deve verificar-se não só no aspeto material como também no formal. Destaca-se nesta matéria a concessão temporária do regime de identidade fictícia e um modelo de proteção do encoberto no que concerne à prova obtida, utilização no processo e fase de julgamento.

O n.º 1 e 2 revelam normas formais sobre a eventual junção ao processo do relato da intervenção do agente encoberto nos termos do n.º 6, do art. 3º. A sua utilização dependerá da indispensabilidade probatória que pode ser remetida para o termo do inquérito.

O n.º 1³⁰² e o n.º 2³⁰³ possuem conexão com o n.º 6, do art. 3º, e não com o n.º 5, como por lapso está referido no diploma legal. No n.º 1 e n.º 2, define-se a possibilidade de utilização e o momento da apreciação para utilização do relato elaborado durante a intervenção do agente encoberto. A junção do relato obedece ao princípio da subsidiariedade, pois apenas é admissível se se reputar absolutamente indispensável em termos probatórios. Caso contrário a autoridade judiciária não ordenará a junção desta peça que permanece na posse da Polícia Judiciária.

A apreciação da indispensabilidade, conforme o n.º 2, pode ser remetida para o final do inquérito ou da instrução. Nestes termos não parece possível a junção deste relato na fase de julgamento, quer ele seja solicitado pela acusação ou pela defesa ou mesmo por ambos.

³⁰² Art. 4º, n.º1 - A autoridade judiciária só ordenará a junção ao processo do relato a que se refere o n.º 5 do artigo 3º se a reputar absolutamente indispensável em termos probatórios.

³⁰³ Art. 4º, n.º2 - A apreciação da indispensabilidade pode ser remetida para o termo do inquérito ou da instrução, ficando entretanto o expediente, mediante prévio registo, na posse da Polícia Judiciária.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

A junção do relato da intervenção da ação encoberta pode, em determinadas circunstâncias, colocar em risco a segurança do agente encoberto ou de terceiro. Nestas situações, de acordo com a orientação da norma em causa, consideramos que compete ao magistrado do Ministério Público, nos termos da autonomia decisória e enquanto responsável imediato pelo inquérito, sujeito à direção, coordenação e controlo dos seus superiores, intervir de acordo com a margem de livre apreciação que deve ter neste contexto processual.

O n.º 3³⁰⁴ e 4º³⁰⁵, na esteira dos dois primeiros números, prosseguem com disposições referentes à proteção do agente encoberto funcionário de investigação criminal e terceiro. O n.º 3 admite, por decisão fundamentada da autoridade judiciária, conceder autorização para que o agente encoberto, que tenha atuado com identidade fictícia ao abrigo do art. 5, preste depoimento sob esta identidade em processo relativo aos factos objeto da sua atuação. Por sua vez o n.º4, caso o juiz determinar, por indispensabilidade da prova, a comparência do agente encoberto, observará sempre o disposto no n.º 1, do art. 87, do CPP³⁰⁶, sendo igualmente aplicável o disposto na Lei 93/99, de 14 de julho.

Estando prevista a possibilidade do agente encoberto prestar depoimento com identidade fictícia, é ainda admissível, cumulativamente, o Juiz de julgamento restringir a livre assistência de público ou que o ato, ou parte dele, decorra com exclusão da publicidade, n.º 1, do art. 87º. Esta restrição é decidida por despacho judicial, que deve ser adequadamente fundamentado, fazendo menção das circunstâncias abstratas que justificam a exclusão da publicidade, mas omitindo os factos concretos que a justificam, de modo a evitar o dano para os valores que se pretende obter com a exclusão da publicidade³⁰⁷.

³⁰⁴ Art. 4º n.º3 - Oficiosamente ou a requerimento da Polícia Judiciária, a autoridade judiciária competente pode, mediante decisão fundamentada, autorizar que o agente encoberto que tenha atuado com identidade fictícia ao abrigo do artigo 5.º da presente lei preste depoimento sob esta identidade em processo relativo aos factos objeto da sua atuação.

³⁰⁵ Art. 4º n.º4 - No caso de o juiz determinar, por indispensabilidade da prova, a comparência em audiência de julgamento do agente encoberto, observará sempre o disposto na segunda parte do n.º 1 do artigo 87.º do Código de Processo Penal, sendo igualmente aplicável o disposto na Lei n.º 93/99, de 14 de julho.

³⁰⁶ Artigo 87.º Assistência do público a atos processuais

1 - Aos atos processuais declarados públicos pela lei, nomeadamente às audiências, pode assistir qualquer pessoa. Oficiosamente ou a requerimento do Ministério Público, do arguido ou do assistente pode, porém, o juiz decidir, por despacho, restringir a livre assistência do público ou que o ato, ou parte dele, decorra com exclusão da publicidade.

³⁰⁷ Paulo Pinto Albuquerque, Comentário do Código de Processo Penal, p. 245.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

A aplicação da Lei 93/99, de 14 julho, Proteção de Testemunhas em Processo Penal, consagra a aplicação de medidas de proteção de testemunhas³⁰⁸ quando sejam postos em perigo valores pessoais ou patrimoniais por causa do seu contributo para a prova dos factos que constituem objeto do processo. A sua aplicação ao agente encoberto constitui reconhecimento da necessidade de prevenir riscos e evitar represálias contra o agente encoberto e/ou familiares, pelos suspeitos objeto da investigação.

5.6 Identidade fictícia

O art. 5º veio admitir a possibilidade dos agentes da polícia criminal poderem atuar sob **identidade fictícia**, no âmbito das ações encobertas do art. 1º, nº 2, atribuída por despacho do Ministro da Justiça, mediante proposta do Diretor Nacional da Polícia Judiciária, válida pelo período de seis meses prorrogáveis por períodos de igual duração, quer no exercício de uma concreta investigação, quer genericamente em todas as circunstâncias do tráfico jurídico e social (n.º 1 a 3 do art. 5º³⁰⁹).

A identidade fictícia apenas pode ser concedida aos³¹⁰ **agentes da polícia criminal** estando vedada a sua concessão a terceiro. A letra da lei do preceito, agentes da polícia

³⁰⁸ Artigo 1º

Objecto

1 — A presente lei regula a aplicação de medidas de proteção de testemunhas em processo penal quando a sua vida, integridade física ou psíquica, liberdade ou bens patrimoniais de valor consideravelmente elevado sejam postos em perigo por causa do seu contributo para a prova dos factos que constituem objecto do processo.

Artigo 2.º

Definições

Para os efeitos da presente lei considera-se:

a) Testemunha: **qualquer pessoa que, independentemente do seu estatuto face à lei processual, disponha de informação ou de conhecimento necessários** à revelação, percepção ou apreciação de factos que constituam objecto do processo, de cuja utilização resulte um perigo para si ou para outrem, nos termos dos n.os 1 e 2 do artigo anterior;

³⁰⁹ Artigo 5.º

Identidade fictícia

1 - Para o efeito do n.º 2 do artigo 1.º, os agentes da polícia criminal podem atuar sob identidade fictícia. 2 - A identidade fictícia é atribuída por despacho do Ministro da Justiça, mediante proposta do diretor nacional da Polícia Judiciária. 3 - A identidade referida no número anterior é válida por um período de seis meses prorrogáveis por períodos de igual duração, ficando o funcionário de investigação criminal a quem a mesma for atribuída autorizado a, durante aquele período, atuar sob a identidade fictícia, quer no exercício da concreta investigação quer genericamente em todas as circunstâncias do tráfico jurídico e social.

³¹⁰A referência a agentes da polícia criminal não parece adequada no diploma pois a designação utilizada, nomeadamente no art. 1º corresponde a funcionários da investigação criminal, não se antevendo as razões que ditaram a utilização de *nomen iuris* diferentes.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

criminal, tem de ser considerada no contexto teleológico do regime jurídico, em consonância com o espírito ou unidade intrínseca do diploma, e neste sentido a interpretação conforme apenas pode ser a de que o legislador pretende referir-se exclusivamente aos funcionários da investigação criminal. Assim, em circunstância alguma é possível admitir-se a terceiro, sob o controlo da Polícia Judiciária, atuar com identidade fictícia.

A utilização da identidade fictícia está na esfera da competência da autoridade judiciária e só esta pode decidir sobre a adequação e necessidade da sua utilização. Resta saber se um membro do **poder executivo** possa dispor diversamente e assim frustrar a prossecução da ação encoberta – não concedendo a identidade fictícia numa ação encoberta em que ela foi considerada essencial pela autoridade judiciária - verificando-se uma clara violação da independência dos tribunais, no caso em que a autorização compete ao juiz, e uma violação da autonomia do Ministério Público, no caso em que a decisão de autorização lhe compete³¹¹.

A identidade fictícia é válida por seis meses, prorrogáveis por períodos de igual duração, admitindo-se a sua utilização não apenas no exercício concreto da investigação como em todas as circunstâncias do tráfico jurídico e social –v.g. documentação fiscal, carta de condução, arrendamento ou aluguer etc. - .

A lei prevê prazo para a vigência da identidade fictícia – seis meses – que pode ser reduzido de acordo com as características da própria ação encoberta. Este prazo é prorrogável por períodos de igual duração, mas não é fixado o número de autorizações de prorrogação. Não estando fixado prazo limite para a ação encoberta, o limite máximo nunca poderá ultrapassar o prazo limite do inquérito como resulta do art. 3º, n.º 3, – “no âmbito do inquérito”. Questão mais delicada é quando a ação encoberta decorre no âmbito da prevenção criminal em que não existe qualquer dispositivo legal para o prazo máximo da duração, pois a ação decorre fora do âmbito de qualquer inquérito³¹².

Uma chamada de atenção para possíveis situações decorrentes da intervenção do agente encoberto, atuando com identidade fictícia, no decurso do tráfico jurídico e social e das quais possa resultar a violação dos direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos.

³¹¹ Paulo Albuquerque, Comentário do Código de Processo Penal, p. 659.

³¹² Paulo Albuquerque, Comentário do Código de Processo Penal, p. 660.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

Nestas situações, nos termos do art. 1º, n.º 3, da Lei 67/2007³¹³, de 31 de dezembro e art. 271º, n.º 1 da CRP, o decisor terá de seguir o regime de direito público aplicável à responsabilidade pessoal direta dos titulares de órgãos, funcionários e agentes administrativos, visto que estes apenas respondem pelos atos funcionais, isto é, por atos praticados no exercício das suas funções e por causa desse exercício. O princípio geral ínsito nas várias normas do art. 271º³¹⁴ é o princípio da responsabilidade subjetiva dos funcionários ou agentes do Estado que, independentemente da modelação feita por lei do art. 22º da CRP apenas diz respeito à responsabilidade civil extracontratual, é uma pessoa a quem são imputáveis atos e condutas desvaliosas, nomeadamente no plano civil que é aquele que estamos atualmente a apreciar. Esta matéria será alvo de consideração na secção - A responsabilidade civil do agente encoberto e da administração -.

O despacho do Ministro da Justiça que atribuiu a identidade fictícia é classificado de secreto, não estando acessível ao público em geral e por princípio do conhecimento de um número muito limitado de pessoas, e deve incluir a verdadeira identidade do agente infiltrado.
315

A Polícia Judiciária é a entidade competente para gerir e promover a atualização das identidades fictícias outorgadas.

Síntese Intercalar

A legislação sobre tráfico de droga (DL 430/83, de 13 de dezembro, DL 15/93, de 22 de janeiro) e criminalidade económica e financeira (Lei 36/94, de 29 de setembro) foi precursora na legislação nacional das “ações encobertas”. A utilização da figura na criminalidade de natureza, grave, organizada e transnacional, prefigurava a necessidade deste

³¹³Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, Art. 1º nº3 - Sem prejuízo do disposto em lei especial, a presente lei regula também a responsabilidade civil dos titulares de órgãos, funcionários e agentes públicos por danos decorrentes de ações ou omissões adotadas no exercício das funções administrativa e jurisdicional e por causa desse exercício.

³¹⁴Gomes Canotilho e Vital Moreira, CRP anotada Volume II, p.853.

³¹⁵Art. 5

4 - O despacho que atribui a identidade fictícia é classificado de secreto e deve incluir a referência à verdadeira identidade do agente encoberto.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

instrumento de investigação poder ser utilizado noutras áreas da criminalidade com um enquadramento legal específico.

As opções nacionais e internacionais nesta área, nomeadamente pelos compromissos assumidos no plano internacional pelo Estado Português em matéria de política criminal, direito internacional e cooperação judiciária e policial, repercutiram-se na criação da Lei 101/2001, de 25 de agosto, que estabeleceu o regime jurídico das ações encobertas em Portugal.

A proposta de Lei nº 79/VIII foi justificada pela necessidade de uma maior eficácia no combate à criminalidade organizada que compatibiliza a prevenção do crime com a recolha de prova para permitir a efetiva condenação dos criminosos. Fundamental na proposta é o controlo, em todas as fases da ação encoberta, pela autoridade judiciária – MP e Juiz – desde a abertura até ao encerramento e, se necessário, possibilidade de utilização na fase de julgamento. O emprego deste meio de obtenção de prova sem a intervenção do Juiz, em matéria de direitos fundamentais básicos e princípios materiais do processo penal, não era compreensível e aceitável face ao regime rigoroso estabelecido para outros meios de obtenção de prova, caso das interceções telefónicas, buscas domiciliárias, segredo bancário etc. A introdução desta e outras soluções na proposta de lei foram fundamentais para o parecer positivo emitido pela Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias da Assembleia da República.

O regime jurídico das ações encobertas foi também justificado devido aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado Português, nos termos da Convenção relativa ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal entre os Estados-membros da União Europeia. Efetivamente o Auxílio Mútuo em Matéria Penal implicava a admissão de ações encobertas em investigações transnacionais fora do tráfico de droga e da corrupção, e seria, no mínimo, estranho admiti-lo na cooperação internacional e não para as investigações puramente nacionais.

As disposições acolhidas na ordem interna, no âmbito da cooperação judiciária internacional, passaram a permitir entregas controladas ou vigiadas (utilizadas essencialmente na investigação de tráfico de estupefacientes), interceções de comunicações (nos casos em que a interceção seria admissível, nos termos da lei de processo penal, em caso nacional semelhante) e ações encobertas (realizadas por funcionários de investigação criminal de outros Estados).

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

A cooperação internacional saiu amplamente reforçada, em 2003, com aprovação do regime jurídico que implementou o Mandado de Detenção Europeu que, desde o início da sua aplicação em 01 de janeiro de 2004, se revelou extremamente positivo tanto em termos de despolitização e de eficácia, como de celeridade do processo de entrega, respeitando os direitos fundamentais das pessoas em causa.

As alterações legislativas introduzidas no ordenamento jurídico nacional só foram possíveis devido às revisões constitucionais - LC n.º 1 /82 (que aditou o n.º 3), LC n.º 1/89 (que modificou o mesmo n.º 3) e a LC1/2004 (que acrescentou o n.º 4) - que viabilizaram alterações relevantes no preceito originário do art. 8.º (Direito Internacional) da CRP e vieram estabelecer a cláusula de partilha de poderes necessários à edificação da União Europeia.

A consequência jurídica, porventura mais importante, da adesão a uma organização dessa natureza, a saber, a submissão direta e imediata às normas dela emanadas, regulamentos e diretivas, nos termos dos respetivos tratados constitutivos³¹⁶.

As ações encobertas configuram o sacrifício de direitos fundamentais e como tal só são válidas e possíveis na medida em que gozam de expressa e específica consagração legal. A sua aprovação e utilização só foi possível depois de garantidos os valores superiores consagrados na Constituição, nomeadamente assegurada a preservação do núcleo de direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana, onde prevalece o referente axiológico do Estado de Direito. Na procura do ponto de equilíbrio entre limites e limitações, harmonização e restrição de direitos, a Constituição estabelece, através da definição dos direitos, liberdade e garantias, o quadro de valores fundamentais da ordem jurídica portuguesa, valores que estão devidamente protegidos na lei atual das ações encobertas.

O regime jurídico das ações encobertas foi pensado para a investigação da criminalidade complexa e organizada, que impôs um novo paradigma na investigação criminal. O método proactivo, susportado em novos meios de obtenção da prova nos quais se incluiu a ação encoberta, permite a prevenção e investigação criminal das novas realidades, facto impensável com o método reativo.

A definição do âmbito de aplicação da ação encoberta, restrita a crimes taxativamente enunciados e a imposição de requisitos legais estritos na fase do impulso, execução, finalização e utilização em sede de julgamento, permitiu afastar a imagem do

³¹⁶Gomes Canotilho e Vital Moreira, CRP anotada Volume I, p. 263.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

método fraudulento e ardiloso, que frequentemente surge associado a este género de investigações. Somos de opinião que a tutela a todo o momento da ação encoberta pela autoridade judiciária – MP e Juiz – permite assegurar, na medida do possível e do exigível, que a intromissão nos direitos fundamentais se mantenha mensurável e controlável.

As medidas adotadas para a proteção de funcionário e de terceiro, bem como a possibilidade do funcionário da investigação criminal atuar sob identidade fictícia, revelam a precaução que o legislador manifestou na segurança daquele que tenha de atuar como agente encoberto.

A segurança dos intervenientes é um domínio sensível devido à interação obrigatória junto dos criminosos e pela possibilidade de estarem sujeitos a eventuais represálias. Neste sentido o legislador revelou preocupação no domínio material e formal ao impedir a obrigação de participação em ação encoberta, bem como previu regras de proteção no que concerne aos meios pelos quais a prova assim produzida é apresentada no processo e acolheu um regime de identidade fictícia. As medidas adotadas destinam-se a prevenir e a evitar eventuais represálias contra o agente encoberto que possam ser desenvolvidas pelos suspeitos ou por outrem agindo sob as suas ordens.

Capítulo II

O n.º 1, do artigo 6º, do Regime Jurídico das Ações Encobertas

(Isenção de responsabilidade³¹⁷)

Introdução

O regime jurídico das ações encobertas resultou da necessidade crescente de conceder à prevenção e investigação criminal meios e métodos adequados e eficazes para combater uma criminalidade nova, mas consolidada, e distinta do paradigma até então reconhecido.

A realidade criminal atual, caracterizada pela dimensão e implementação transnacional, organizada e estruturada, poder económico elevado e influência nos poderes legítimos, constituiu-se como uma ameaça à segurança humana e às instituições democráticas. Foi neste contexto, com um tipo de criminalidade que assumiu uma dimensão monstruosa, que se manifestou a necessidade de criar um instrumento eficaz e ajustado para ser utilizado na prevenção e investigação do crime organizado.

A ação encoberta tem como objeto a prevenção e investigação criminal e fim imediato impedir crimes, a descoberta e recolha de material probatório³¹⁸.

No contexto da ação encoberta a matéria probatória não se reconduz exclusivamente à recolha da prova material –v.g. produto estupefaciente, armas de fogo ou moeda contrafeita – abrangendo também matéria informativa sobre a estrutura da organização, funcionamento e identificação dos membros, circuitos financeiros utilizados para

ocultar os lucros, em suma recolher matéria probatória relevante que permita a neutralização e responsabilização dos membros da organização criminosa.

A pluralidade e diversidade dos sistemas jurídicos, como seria expectável, apresentam diferenças substanciais na regulamentação da atividade do agente encoberto. A diferenciação

³¹⁷ Não é punível a conduta do agente encoberto que, no âmbito de uma ação encoberta, consubstancie a prática de atos preparatórios ou execução de uma infração em qualquer forma de participação diversa da instigação e da autoria mediata, sempre que guarde a devida proporcionalidade com a finalidade da mesma.

³¹⁸ A temática da prevenção e investigação criminal já foi alvo da nossa atenção na Parte II, Capítulo I na subsecção 5.2.

é fruto de concepções diversas sobre a organização da vida em sociedade e das garantias de defesa em processo criminal, das quais se destaca a possibilidade da responsabilização ou isenção penal do agente durante a intervenção autorizada. Esta é inequivocamente a matéria mais sensível e controversa na legislação atual e da qual o legislador nacional não se esquivou ao definir claramente a sua opção.

A clarificação jurídico-penal sobre a admissibilidade do recurso à figura do agente encoberto, além do reforço da legitimidade ético-jurídico do procedimento adotado, contribuiu decisivamente para uma postura rigorosa de absoluta e plena **responsabilidade** penal do **agente provocador**. Prevalece assim, na legislação nacional, a responsabilização do agente provocador, em detrimento das orientações doutrinárias e jurisprudenciais que sustentavam a sua impunibilidade fundamentadas em critérios objetivos e subjetivos.

A realização do crime pode ser descrita como um processo ou caminho percorrido pelo agente, *o iter criminis*, composto por diversas etapas com início no foro interno, seguida da preparação onde se incluiu os meios, modo e ocasião para praticar o crime, à qual sucede a execução ou prática dos factos que, quando todos realizados, são suficientes para provocar o resultado ou evento³¹⁹.

O novo regime legal concede permissão ao agente para a prática de **atos preparatórios** ou de **execução** de uma infração em qualquer forma de participação diversa da instigação e da autoria mediata, sendo essa conduta positivamente valorada pela ordem jurídica e justificada. Esta justificação é reconhecida sempre que o agente infiltrado guarde a devida proporcionalidade com a finalidade da ação encoberta.

A inovação legislativa, substancialmente distinta da adotada para a investigação do tráfico de estupefacientes e da corrupção e criminalidade económica financeira até então em vigor, cujo âmbito de aplicação passou a incluir um catálogo de crimes, dilatou consideravelmente a **isenção da responsabilidade** penal do agente encoberto. A extensão da isenção resulta “na medida em que os parâmetros da sua não punibilidade ultrapassam largamente a factualidade típica consagrada no regime anterior (Lei da Droga e de Combate à Criminalidade Económica) para passar a aferir-se pela observância, entre outros, do princípio da proporcionalidade³²⁰”

³¹⁹ Germano Marques da Silva, Direito Penal Português, II Teoria do Crime, p. 247.

³²⁰ Isabel Oneto, O Agente Infiltrado, p. 151.

A isenção de responsabilidade penal do agente encoberto está excluída quando a forma de participação corresponda a uma de duas formas de autoria – instigação ou autoria mediata -. Na primeira estamos no domínio daquele que **produz** ou **cria** de forma cabal no executor a decisão de executar um crime. Na segunda a sua estrutura é constituída por um “**homem-de-trás**”, aquele por cuja autoria se pergunta, e um “**homem-da-frente**”, o executor, intermediário ou “instrumento”, que pode ser jurídico-penalmente irresponsável ou parcialmente responsável³²¹.

O fundamento da não punibilidade do agente encoberto corresponde à justificação de uma conduta que significa **aprovação jurídica dessa conduta**. A distinção entre causas de justificação (causas de exclusão da ilicitude) e causas de desculpação (causas de exclusão da culpa) pressupõe, lógica e dogmaticamente, a distinção entre ilicitude e culpa³²².

Analisada a isenção da responsabilidade penal circunscrevemos a parte final deste capítulo às disposições aplicáveis, se for instaurado **procedimento criminal**, ao agente encoberto por atos praticados ao abrigo do disposto na presente lei, bem como a eventual **responsabilidade civil** do Estado e funcionários pelo exercício da função.

1. O PROBLEMA E AS DIVERSAS OPÇÕES (AGENTE ENCOBERTO VS PROVOCADOR)

A distinção do agente encoberto do provocador, *brevitatis causa*, radica essencialmente na possibilidade do agente encoberto, na qualidade de funcionário de investigação criminal ou terceiro sob a sua direção, contactar os suspeitos da prática de crime(s) com ocultação da sua verdadeira identidade e atuar de maneira a impedir crimes ou a reunir provas que permitam a efetiva condenação do criminoso(s)³²³; por agente provocador, admite-se o elemento da da investigação criminal ou terceiro sob a sua direção que induz outrem a praticar crimes por forma a facilitar a recolha de provas e condenação do autor³²⁴.

Ao agente encoberto está-lhe vedado agir como instigador ou autor mediato e neste sentido o regime do n.º 1, do art.6º, prevê a sua responsabilização quando estejam em causa

³²¹ Figueiredo Dias, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I p. 776.

³²² Taipa de Carvalho, Direito Penal, Parte Geral, p. 489.

³²³ Liber Discipulorum para Jorge Figueiredo Dias, *Agent Provocateur* e meios enganosos de prova. Algumas reflexões, p. 1222.

³²⁴ Esta temática já foi objeto de consideração na Parte I, Capítulo I, Secção 4.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

estas concretas formas de autoria. A atuação nestas circunstâncias é compatível com a figura do agente provocador, na aceção daquele que instiga os demais a cometer o crime, não porque tenha interesse na consumação daquele crime ou algo contra a vítima, mas porque tem, ao contrário, interesse em que o crime seja praticado ou tentado com o fim de que suceda um mal ao próprio instigado³²⁵.

A intervenção do agente provocador é inaceitável enquanto método de investigação criminal, pois retira legitimidade à Justiça para combater o crime quando a sua intervenção é também criminosa. A provocação origina o crime e o criminoso e a conduta durante o processo executivo, sendo idónea, é ilícita e penalmente relevante.

A generalidade dos países Europeus refutou a figura do agente provocador e aceitou criar legislação que permitisse a sua responsabilização penal. Assim não sucede em diversos países³²⁶ onde, em sentido oposto, o agente provocador não pode ser perseguido penalmente por razões axiológicas e jurídico-normativas, nomeadamente pela vinculação ao princípio da oportunidade no respetivo sistema jurídico-penal em contraposição ao princípio da legalidade predominante na Europa Ocidental.

No espaço Europeu o fundamento desta opção está relacionada com a natureza das instituições e os seus processos no relacionamento com o cidadão, no decurso da investigação criminal, às quais é exigível um comportamento que preserve a dignidade pessoal e impede intromissões desreguladas no núcleo privado ou intimidade dos cidadãos.

Naqueles países prevalece o entendimento que o agente provocador não pode ser perseguido criminalmente devido à ponderação de **critérios objetivos** e **subjetivos** configurados a partir destes dois eixos justificativos.

No grupo dos **critérios objetivos** está representada a teoria da **tentativa inidónea**, devido às garantias adotada pelo agente para a proteção do bem jurídico; a segunda alternativa está representada na teoria da **exclusão da ilicitude** que permite ao provocador justificar o seu comportamento no decurso do exercício de um direito ou no cumprimento de um dever legal. No grupo dos **critérios subjetivos** prevalece a teoria da **ausência de dolo** de consumação e a teoria do dolo da consumação formal, que pressupõe a **ausência de vontade** de causar a lesão do bem jurídico.

³²⁵ Germano Marques da Silva, Direito Penal Português, II Teoria do Crime, p. 314.

³²⁶ A legislação das ações encobertas no Brasil (Lei 10217 de 11 de abril), USA e Inglaterra (RIPA 2000) não prevê a responsabilização penal do agente encoberto.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

Estas técnicas de investigação são repudiáveis numa sociedade aberta e de conceção democrática onde a dimensão intrínseca e autónoma da dignidade da pessoa humana legitima a imposição de deveres de proteção especiais. A provocação ao crime não pode ser considerado um método legítimo para combater a criminalidade quando aquela atua como uma espécie de radar para detetar pessoas que, segundo aquelas teses, são inaptas para o bem e para o respeito da lei³²⁷.

Numa sociedade democrática onde a ordem jurídica, a segurança jurídica e a garantia dada ao Direito pelo aparelho judicial para impedir e punir os excessos, interpreta os valores essenciais na estabilidade das relações entre os membros da comunidade, temos de admitir que a praticabilidade do direito possa exigir que o valor **segurança jurídica** prevaleça sobre o valor justiça. Nesta interceção de carácter axiológico e jurídico-normativo consideramos sensato aceitar as palavras de Radbruch “ *sempre que a injustiça do direito positivo atinja um tão alto grau que a segurança jurídica deixe de representar algo de positivo em confronto com esse grau de violação da justiça, nesse caso não poderá duvidar-se de que o direito positivo injusto deverá ceder perante a justiça*”³²⁸.

2. LIMITES PARA A INTERVENÇÃO: A ADEQUAÇÃO E A PROPORCIONALIDADE

Os meios de investigação criminal e de obtenção da prova configuram invariavelmente uma compressão do catálogo dos direitos fundamentais - que não sendo absolutos nem ilimitados podem suportar restrições constitucionalmente legítimas - e como tal sujeitos a uma exigência de reserva de lei, ou seja, só são admissíveis e válidos na medida em que gozam de consagração legal³²⁹. A consequência imediata para o pedido e utilização impõe, desde logo, um conjunto concreto de exigências jurídico-processuais que visam aferir da sua admissibilidade e posterior utilização nos termos fixados pela lei processual. A restrição de direitos, resultantes da utilização destes meios, implica a necessidade imperativa da lei prever “expressa e explicitamente” a sua medida “*fixar a sua compreensão, extensão e vinculação finalístico-teleológica bem como definir os seus limites*”³³⁰.

³²⁷ Germano Marques da Silva, Curso de Processo Penal II, p. 191.

³²⁸ Batista Machado, Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador, p. 56.

³²⁹ Costa Andrade, Que Futuro Para o Direito Processual Penal, p. 540.

³³⁰ Costa Andrade, Que Futuro Para o Direito Processual Penal, p. 541.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

As restrições de direitos fundamentais, por via da lei, obedecem a diversos e severos requisitos sem os quais a restrição não pode ser considerada constitucionalmente legítima. A exigência de pressupostos materiais e requisitos legais por força da natureza da própria lei surgem como condições imperativas para a restrição do exercício de direitos fundamentais, direitos aos quais a liberdade de conformação legislativa tem obrigatoriamente como limite a garantia de um mínimo de conteúdo útil e constitucionalmente relevante do direito legalmente delimitado³³¹.

O nº1, do art. 3º, estabelece que «*as ações encobertas devem ser **adequadas** aos fins de prevenção e repressão criminais identificados em concreto, nomeadamente a descoberta de material probatório, e **proporcionais** quer àquelas finalidades quer à gravidade do crime em investigação*», enfatizando o princípio da proporcionalidade³³² na sua utilização.

O nº1, do art. 3º, incorpora dois princípios que definem o núcleo essencial de requisitos a que devem obedecer as ações encobertas – **princípio da adequação e da proporcionalidade**.

O princípio da adequação, também designado por princípio da idoneidade, impõe que as medidas restritivas legalmente previstas devem revelar-se como meio adequado para a prossecução dos fins visados pela lei (salvaguarda de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos)³³³. Neste caso, o princípio da adequação exige que a ação encoberta seja apropriada à prossecução dos fins visados, v.g. à prevenção e/ou investigação criminal no caso concreto, nomeadamente a descoberta de material probatório.

Os **atos são “adequados”** aos fins de prevenção ou repressão do crime “identificados em concreto” designadamente para a descoberta de material probatório, o que exige:

- a identificação dos concretos fins de prevenção ou repressão do crime da ação encoberta;
- a identificação dos concretos atos que o agente encoberto está autorizado a executar, que podem incluir, por exemplo, a abertura de contas bancárias e a criação de empresas fictícias;

³³¹ Gomes Canotilho e Vital Moreira, CRP anotada Volume I, p. 389.

³³² «(...) a proporcionalidade impõe que não se atire sobre pássaros com canhões, tal como não se atira sobre aviões com fundas (...)» - **Franciso Sousa** - “Atuação Policial e Princípio da Proporcionalidade”, in *RMP*, nº76, ano 19, Lisboa, 1998, p. 44;

³³³ Gomes Canotilho e Vital Moreira, CRP anotada Volume I, p. 392.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

- o nexo de adequação dos atos aos fins identificados, isto é, o nexo da necessidade e aptidão entre o ato e o fim que ele visa alcançar;
- a modificação ou cessação da ação encoberta quando se modificarem ou cessarem os seus pressupostos;
- sendo certo que há atos que são sempre inadequados para os fins de prevenção ou repressão do crime, tais como o ato de casamento ou perfilhação³³⁴.

A utilização deste meio de obtenção da prova pode colidir com o núcleo da intimidade ou da privacidade do visado e, conseqüentemente, colocar em perigo bens jurídicos protegidos tanto pela Constituição como pela lei ordinária. Sucede que, e aqui reside o nuclear da questão, a defesa do bem jurídico a proteger não pode perspetivar-se sem relação entre os compromissos e vinculações comunitárias e, nessa medida, inteiramente a coberto da colisão e ponderação de interesses. Por isso nas palavras de Costa Andrade³³⁵ o seu sacrifício em sede de prova em processo penal estará, por isso, legitimado sempre que **necessário** e **adequado** à salvaguarda de valores ou interesses superiores, respeitadas a exigências do princípio da proporcionalidade.

A adequação implica que a ação encoberta, para além de formalmente devida, tem de funcionar como o **último e único meio** capaz, face ao tipo de crime e características dos sujeitos, de produzir o melhor resultado no caso concreto. Assim ela deve revelar-se adequada aos fins que admitem e justificam a sua utilização, por isso, tem de apresentar uma adequação teleológica.

O segundo princípio que surge associado aos requisitos do n.º1, do art. 3º, corresponde ao da **proporcionalidade** aos fins da prevenção ou repressão e à gravidade do crime.

O **princípio da proporcionalidade** é um princípio geral de todo o ordenamento jurídico que tem por objetivo proibir a intervenção arbitrária dos poderes públicos. A interdição deve entender-se como um mandato para atuar de forma razoável e proporcional.

A CRP no n.º 2, do art. 18º, refere expressamente a necessidade de restrição de direitos, liberdades e garantias, exclusivamente, para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegido. A necessidade de restrição deve ser entendida como

³³⁴ Paulo Pinto Albuquerque, Comentário do Código de Processo Penal, p. 658.

³³⁵ Costa Andrade, Sobre as proibições da prova em Processo Penal, p.95.

consagração do **princípio da proporcionalidade** que visa impedir proibições de restrições inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais dos direitos, liberdades e garantias, independentemente de tais restrições afetarem o conteúdo essencial dos preceitos constitucionais³³⁶.

O princípio da proporcionalidade, ou princípio da proibição do excesso, desdobra-se em três subprincípios, a saber: princípio da adequação, princípio da necessidade ou exigibilidade e princípio da proporcionalidade em sentido estrito³³⁷.

O princípio da adequação já foi objeto de apreciação pelo que remetemos para a matéria sobredita; o princípio da necessidade ou exigibilidade traduz-se na ideia que esta técnica tem de ser exigível ou absolutamente necessária para a prevenção e/ou investigação *in casu* – o meio de obtenção de prova e de prevenção deve ser o mais eficaz e menos oneroso para os restantes direitos, liberdades e garantias; e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito pressupõe que a medida deve ser suportável pelos atingidos, isto é, a medida e os meios não devem conduzir a danos que confrontados com o efeito em vista sejam indiscutivelmente excessivos.

Assim sendo, a **ação encoberta e os fins visados** devem decorrer de uma justa e proporcional medida, tem de haver proporcionalidade, quer quanto às finalidades, quer quanto à gravidade do crime sob investigação.

A exigência de **atos proporcionais** aos fins de prevenção ou repressão e à gravidade do crime deve exigir:

- a escolha do meio menos gravoso que possa ainda realizar os fins da ação encoberta, podendo ser realizado qualquer ato de execução previsto no n.º 2 ,do art. 22º do CP, admitindo-se até a **consumação do facto**;

- a omissão ou retardamento da prática de atos de competência do agente, quando seja necessário para os fins da ação encoberta;

- a não atuação do agente encoberto a título de instigador ou autor mediato do visado, isto é, a sua não atuação como agente provocador³³⁸.

³³⁶ Vieira de Andrade, Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, p. 306.

³³⁷ «Resumindo os três subprincípios: a aferição da adequação centra o esforço de análise na apreciação de um nexo de causalidade entre um ato e um objetivo (relação meio-fim); a aferição da necessidade, desloca esse centro para uma comparação da dimensão da lesão provocada por várias alternativas competitivas (relação meio-meio); a aferição da proporcionalidade e.s.e. põe em confronto os bens, interesses ou valores sacrificados por esse ato e os bens, interesses ou valores perseguidos com o ato restritivo ou limitativo (relação meio-fim).» - Vitalino Canas, “A Atividade da Polícia...”, *op. cit.*, p.471;

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

O entendimento prevelecente nesta matéria consagra que a utilização de meios encobertos de investigação tem de fazer-se sem ultrapassar os limites do consentido pela ideia de Estado de direito democrático. A necessidade de se obter uma resposta eficaz às manifestações mais ameaçadoras e graves da criminalidade não pode condescender ou legitimar comportamentos que atinjam intoleravelmente a liberdade de vontade ou de decisão das pessoas, sob pena da deslealdade atingir um tal grau de insuportabilidade que violará a integridade moral do sujeito.

Esta preocupação permite compreender a barreira (ténue) entre a atuação de “agente encoberto” – que deve ser legalmente admitida à luz das finalidades da descoberta da verdade material e realização da justiça – e a atuação do “agente provocador” que, neste último, contende com os direitos fundamentais do indivíduo constitucionalmente consagrados.

As novas estratégias de obtenção da prova e a dicotomia entre o ponto de equilíbrio no confronto entre os interesses estatais e os direitos individuais na investigação de certas formas de criminalidade representa um dos maiores desafios da legislação penal contemporânea. A luta contra a criminalidade grave e/ou organizada apenas poderá restringir os direitos fundamentais na medida do estritamente necessário, como genericamente resulta do art. 18º, n.º 2 e 3 da CRP, num equilíbrio que será obtido pelo critério da limitação mínima dos direitos fundamentais por parte do detentor do *ius puniendi* com a concretização de uma justiça funcionalmente eficaz que, em determinadas situações concretas e fundamentadas, possa sobrepor o interesse da perseguição penal perante a “inviolabilidade” de direitos constitucionalmente consagrados.

3. O TIPO LEGAL

Na construção do tipo legal do art. 6º com a epígrafe **-Isenção de responsabilidade** – estão representadas duas normas, correspondentes ao n.º 1 e n.º 2, com conteúdos e funções distintas, embora complementares devido à intencionalidade normativa e sistematização colocada nesta lei. Enquanto o n.º 1 regula a atuação do agente encoberto em termos substantivos, *in casu*, determinar se a sua conduta durante a ação encoberta é subsumível no tipo incriminador ou, como se pretende com a previsão do tipo, subsumível no tipo

³³⁸Paulo Pinto Albuquerque, Comentário do Código de Processo Penal, p. 658.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

justificador; o n.º 2 regula o formalismo judicial e processual inerente à prossecução do procedimento criminal que se impõe caso a conduta do agente encoberto seja subsumível no tipo incriminador porque revela uma atuação do tipo provocador.

O n.º 2 estatui que no caso da *“instauração de procedimento criminal por ato ou atos praticados ao abrigo do disposto na presente lei, a autoridade judiciária competente, logo que tenha conhecimento desse facto, requer informação à autoridade judiciária que emitiu a autorização a que se refere o n.º 3 do art. 3.º”*³³⁹.

A instauração de procedimento criminal determina a intervenção do Ministério Público pois, nos termos do art. 48º do CPP, é a magistratura competente para promover o processo penal, com as restrições constantes dos art.s 48º e 49º do CPP. A restrição do art. 48º e 49º aplica-se relativamente a alguns crimes para os quais o CPP estabelece que o procedimento criminal depende de queixa ou de de queixa e acusação particular.

O n.º 1 corresponde à referência axial do *thema decidendum* do nosso trabalho.

Atentemos na formulação do n.º 1, do art. 6º: *Não é punível a conduta do agente encoberto que, no âmbito de uma ação encoberta, consubstancie a prática de atos preparatórios ou de execução de uma infração em qualquer forma de participação diversa da instigação e da autoria mediata, sempre que guarde a devida proporcionalidade com a finalidade da mesma.*

A norma jurídica em geral estrutura-se em dois elementos, um elemento de facto – que define o seu âmbito de aplicação – e uma consequência jurídica. Nas normas penais o elemento de facto (ou conduta delitativa) é designado de norma primária e a consequência jurídica (pena) de norma secundária. Uma das funções primaciais do direito penal é a proteção de bens jurídicos. A ofensividade de um bem jurídico verifica-se sempre que a sua jurídico-normativa intencionalidade se não cumpre por mor de uma ação humana responsável³⁴⁰.

Nesta perspetiva e sendo função do direito penal a proteção de bens jurídicos, para alguns autores os fundamentos da justificação excluem a ofensa ao bem jurídico constituindo o limite de tutela do bem. Outros autores admitem que procurando os fundamentos da

³³⁹ Artigo 3.º

Requisitos

3 - A realização de uma ação encoberta no âmbito do inquérito depende de prévia autorização do competente magistrado do Ministério Público, sendo obrigatoriamente comunicada ao juiz de instrução e considerando-se a mesma validada se não for proferido despacho de recusa nas setenta e duas horas seguintes.

³⁴⁰ Faria da Costa, *Noções Fundamentais de Direito Penal*, p. 163.

justificação resolver um conflito, não se trata de eliminar a ofensa ao bem, mas antes um afastamento do desvalor da ofensa. No que toca aos fundamentos dos tipos justificadores e como acentua Figueiredo Dias “*os tipos justificadores são em princípio estranhos à ordem legal dos bens jurídicos e delimitam assim o ilícito por forma geral e negativa*” antes valendo para determinadas situações e não para bens jurídicos em concreto³⁴¹.

O legislador ao criar o tipo legal estruturou-o de forma a distinguir claramente o regime jurídico-penal que pretendia consagrar. Na primeira parte surge o tipo justificador, ou causa de justificação, que assume o caráter de limitação (“negativa”) do tipo incriminador. Mas, assente isto, para que a isenção da responsabilidade possa funcionar é necessário que, durante intervenção do agente encoberto, a forma de participação seja diversa da instigação e da autoria mediata e, como é exigível, sempre se guarde a devida proporcionalidade com a finalidade da mesma. A ponderação da proporcionalidade com a finalidade (da ação encoberta), seguindo os princípios expostos anteriormente, terá sempre de ser obtida pela “justa medida” entre os “meios legais restritivos e os fins obtidos”, proíbe o excesso de medidas restritivas; proíbe, assim, (referindo-nos agora à lei penal enquanto lei restritiva) que haja uma desproporção entre a restrição penal de direitos e a finalidade de tutela a alcançar³⁴²,

Na segunda parte, o legislador prevê o tipo legal incriminador ao consagrar a punibilidade dos atos de participação através da instigação ou da autoria mediata. A incriminação corresponde ao “conjunto de circunstâncias fácticas que diretamente se ligam à **fundamentação do ilícito** e onde, por isso, assume primeiro papel a configuração do bem jurídico protegido e as condições, a ele ligadas, sob as quais o comportamento que as preenche pode ser considerado ilícito³⁴³”.

³⁴¹ Faria da Costa, *Noções Fundamentais de Direito Penal*, p. 273.

³⁴² Isabel Oneto, *O Agente Infiltrado*, p. 176.

³⁴³ Figueiredo Dias, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I p. 269.

4. ATOS PREPARATÓRIOS/ATOS DE EXECUÇÃO

4.1 Atos Preparatórios

Nos termos do n.º 1, do ar.º 6º, o agente encoberto pode praticar **atos preparatórios** ou de **execução** de uma infração em qualquer forma de participação diversa da instigação e da autoria mediata.

Passamos agora a analisar as formas do crime estruturadas a partir dos atos preparatórios e atos de execução.

O art. 21º do CP dispõe que “ *os atos preparatórios não são puníveis, salvo disposição em contrário*”.

Os atos preparatórios antecedem temporalmente e segundo a natureza das coisas a execução de um ilícito-típico. Como tal não se encontram descritos na generalidade dos tipos legais e, por isso, não indiciam a responsabilização penal.

Em determinados casos muito específicos, geralmente associados a crimes de contrafação de moeda, títulos de crédito e valores selados, em função da violação do bem jurídico e do ataque ao ordenamento social que a ordem quer prevenir, os atos materialmente preparatórios foram formalmente transformados em **crimes autónomos**. Porém, esta antecipação da punição só pode ser admitida excecionalmente sob pena de se abrir descaradamente a possibilidade da punição de meras intenções³⁴⁴.

Relativamente aos atos preparatórios o legislador optou por considerar que a preparação da execução de um tipo de ilícito e os atos em que se traduza não são, salvo disposição em contrário, puníveis (art. 21º do CP).

Por norma **os atos preparatórios não constituem um perigo objetivo** para o bem jurídico. Porém, se se constituírem como um perigo para o bem jurídico a lei incrimina-os autonomamente como sucede nos artigos 271º, 275º e 344º do CP, por considerar o alto **grau de probabilidade** para a realização do ilícito típico e a **necessidade** de intervenção penal específica num estágio muito precoce do *iter criminis*.

A posição do legislador nesta matéria não parece suscitar dúvidas relativamente à **não punibilidade** do agente encoberto que no âmbito da ação encoberta consubstancie atos deste género. Temos, contudo, de reconhecer que embora no catálogo de crimes (art. 2º) estejam identificados tipos criminais que admitem a punição de atos preparatórios (v.g.

³⁴⁴ Figueiredo Dias, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I p. 683.

contrafação de moeda e valores selados ou crimes de perigo comum – incêndio e explosões-) a prevalência dos tipos fixados não prevê esta forma de atuação.

4.2 Atos de execução

No percurso criminoso desenhado pelo agente é da maior relevância prático-normativa a distinção entre **delito tentado** e **consumado**. Para se aferir corretamente a natureza material entre uma forma e outra é mister recorrer à distinção entre consumação **típica ou formal** e consumação **material, terminação ou conclusão**.

A primeira verifica-se logo que o comportamento doloso preenche a totalidade dos elementos do tipo objetivo do ilícito. A segunda dá-se apenas com a realização completa do conteúdo do ilícito em vista do qual foi erigida a incriminação, ou seja, com a verificação do resultado que interessa ainda à valoração do ilícito por diretamente atinente aos bens jurídicos tutelados e à função de proteção da norma³⁴⁵.

Na conceção geral da autoria existem duas categorias que importa precisar para se perceber as diferenças entre ambas: na primeira categoria incluímos os **cúmplices** que sendo figuras laterais ou de segunda linha não realizam o tipo de ilícito, mas participam de um tipo de ilícito realizado por outrem³⁴⁶. A segunda corresponde aos **autores** que constituem “a figura central do acontecimento criminoso” ou na expressão de Figueiredo Dias “centro pessoal do ilícito típico”.

A distinção, por excelência, entre autoria e participação encontra-se na consideração formal objetiva de que: **autor é todo aquele que executa, total ou parcialmente, a conduta que realiza o tipo (de ilícito)**³⁴⁷.

Esta conceção não é, por si própria e sem outros desenvolvimentos, suficientemente explícita quanto à definição dos critérios prático-normativos da autoria, importando procurar atrás das palavras da lei com que se exprime o tipo de ilícito, o que significa “executar o facto”.

Para a **teoria unitária** da autoria: autor é aquele que de uma qualquer forma executa o facto na aceção de que oferece uma **contribuição causal** para a realização típica, seja qual for a sua importância ou o seu significado. As diferenças entre os diversos contributos seriam

³⁴⁵ Figueiredo Dias, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I p. 686.

³⁴⁶ Figueiredo Dias, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I p. 758.

³⁴⁷ Figueiredo Dias, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I p. 759.

relevadas na concreta medida da pena. Esta concepção foi repudiada e incompatível com o CP atual que não considera a cumplicidade uma forma de autoria.

A **teoria subjetiva** “procurou no lado subjetivo do crime o fundamento da autoria”. Assim, é autor quem realiza o facto com **vontade de autor** (*animus auctoris*), participante quem colabora no ato com **vontade de partícipe** (*animus socii*). O autor quer o facto como próprio, o partícipe quer o facto como alheio. Esta teoria foi afastada porque o sentimento pessoal do agente, em si mesmo, não pode constituir critério de autoria. Se alguém se limitou a colaborar na realização do facto e o papel principal recai sob outrem, não pode aquele vir a criar uma qualidade que não lhe advém do comportamento delituoso.

O critério da distinção entre autoria e participação foi, então, adotado a partir da teoria do **“domínio do facto”**, pelo menos nos delitos dolosos, caracterizada pelos momentos objetivos e subjetivos da doutrina do “ilícito pessoal”. Segundo esta, autor é quem domina o facto, quem dele é “senhor”, quem toma a “execução nas suas próprias mãos” de tal modo que dele depende decisivamente o **se e como** da realização típica. Autor é **figura central do acontecimento**. Ele aparece, numa sua vertente como obra de uma **vontade** que dirige o acontecimento, noutra vertente como fruto de uma **contribuição** para o acontecimento dotada de um determinado peso e significado objetivo³⁴⁸.

A lei das ações encobertas ao consagrar a prática de atos preparatórios ou de execução parece evidenciar, com apelo a elementos interpretativos lógico-rationais, que o legislador decidiu conceder aos investigadores criminais um instrumento que lhes permita atuar, por vezes, numa fase inicial do *iter criminis* como ocorre com estas duas formas do crime.

Essa atuação, desde que cumprindo os requisitos legais, deve ser considerada extensiva aos crimes na forma tentada ou na forma consumada. A referência, no texto legal, a atos de execução, na nossa opinião, deve ser interpretada nos termos supra mencionados: **autor é todo aquele que executa, total ou parcialmente, a conduta que realiza o tipo (de ilícito)**. Na realidade, como outros autores defendem, não nos parece compreensível, em termos político-criminais e jurídico-penais, que se venha a pugnar pela intervenção do agente

³⁴⁸ Figueiredo Dias, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I p. 765-766.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

encoberto, apenas, até ao estágio da tentativa do ilícito típico e que a partir desta fase a sua conduta deixa de estar justificada (isenta de responsabilidade).

A intervenção do legislador, como demonstra a preocupação evidenciada durante a discussão parlamentar da proposta de lei, foi de dotar a investigação criminal de um instrumento que permita investigação mais eficaz e maior segurança para os cidadãos, designadamente através da prevenção e repressão da criminalidade organizada. Não cremos que o legislador tivesse por intenção limitar a ação do agente encoberto a ilícitos típicos na forma tentada, não permitindo a consumação quando guarde a devida proporcionalidade com a finalidade da mesma. Existe, porém, a necessidade de um juízo de ponderação de quais os bens jurídico-penais que podem ser lesados ou postos em perigo durante a conduta do agente encoberto, para que esta venha a ser positivamente valorada pela ordem jurídica e, consequentemente, justificada à luz das finalidades da ação.

Não é assim de considerar a teoria, por alguns autores expressa, de que ao agente encoberto, com a atual lei, está vedada a consumação de ilícitos típicos. Cremos que o legislador ao intervir nesta área deixou clara e inequivocamente demonstrado no texto legal – até por apelo aos trabalhos preparatórios e discussão em sede parlamentar – a possibilidade do agente encoberto praticar ilícitos típicos consumados, sempre que guarde a devida proporcionalidade com a finalidade da mesma, outorgando para estas situações o regime de isenção de responsabilidade.

5. FUNDAMENTOS DA ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

O legislador ao criar o tipo legal, n.º 1, do art. 6º, estruturou-o de forma a distinguir claramente o regime jurídico-penal que pretendia consagrar. Na primeira parte surge o **tipo justificador**, ou causa de justificação, que assume o caráter de limitação (“negativa”) do tipo incriminador³⁴⁹. Para que a isenção da responsabilidade possa funcionar é necessário que, durante intervenção do agente encoberto, a forma de participação seja diversa da instigação e da autoria mediata e sempre guarde a devida proporcionalidade com a finalidade da mesma. A ponderação da proporcionalidade com a finalidade (da ação encoberta), seguindo os princípios expostos anteriormente, terá sempre de ser obtida entre uma “justa

³⁴⁹ Figueiredo Dias, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I p. 269.

medida” entre os “meios legais restritivos e os fins obtidos”, proíbe o excesso de medidas restritivas; proíbe, assim (referindo-nos agora à lei penal enquanto lei restritiva) que haja uma desproporção entre a restrição penal de direitos e a finalidade de tutela a alcançar³⁵⁰”

Na segunda parte o legislador prevê o **tipo legal incriminador** ao consagrar a punibilidade dos atos de participação através da instigação ou da autoria mediata. A incriminação corresponde ao “ conjunto de circunstâncias fácticas que diretamente se ligam à **fundamentação** do ilícito e onde, por isso, assume primeiro papel a configuração do bem jurídico protegido e as condições, a ele ligadas, sob as quais o comportamento que as preenche pode ser considerado ilícito³⁵¹”.

Da dicotomia incriminação-justificação resultam importantes consequências no patamar das exigências de garantia impostas pelo princípio da legalidade. Não funcionando como polos opostos, os tipos incriminadores e justificadores cumprem funções de sentido antagónico, como seja, de uma parte a fundamentação da ilicitude e, da outra parte, a exclusão da ilicitude. A função de garantia desempenhada pelo tipo na sequência do princípio da legalidade não se aplica aos fundamentos de justificação, pois os mesmos diminuem as margens de punibilidade ao excluírem a ilicitude face a determinadas situações³⁵².

Nos tipos de ilícito objetivo, como refere Figueiredo Dias, é possível identificar três conjuntos de elementos: **autor, conduta e bem jurídico**. Na sua revelação objetiva, o tipo incriminador deve precisar quem pode ser o autor; qual a conduta em que se consubstancia; e, na medida do possível, dar indicação explícita ou implícita, mas sempre clara, do(s) bem(ns) jurídico(s) tutelado(s)³⁵³. Nesta matéria e para o nosso estudo interessa, desde já, saber as concretas formas de autoria que determinam a responsabilização penal do agente encoberto: instigação (aquele que **dolosamente determinar** outra pessoa à prática de um facto ilícito típico -doloso art. 26º do CP) ou autoria mediata (quem **executar** o facto **...por intermédio de outrem**” art. 26º do CP). Do bem jurídico convém destacar que nos tipos incriminadores cabe-lhes a revelação, tão determinada quanto possível, do bem(ns) jurídico(s) que cada um intenta proteger, possuindo nesta aceção uma referência concreta e individualizadora.

Inversamente os tipos justificadores, ou causa de justificação, são estruturalmente, por sua natureza, **gerais e abstratos**, no sentido que não são em princípio referidos a um bem

³⁵⁰ Isabel Oneto, O Agente Infiltrado, p.176.

³⁵¹ Figueiredo Dias, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I p. 269.

³⁵² Faria Costa, Noções Fundamentais de Direito Penal, p. 273.

³⁵³ Figueiredo Dias, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I p. 295.

jurídico determinado, antes valem para uma generalidade de situações independentes da concreta conformação do tipo incriminador em análise³⁵⁴.

Os dois tipos estabelecem uma relação de complementaridade funcional na valoração de uma concreta ação como ilícita/lícita. Prosseguindo na sua explicação Figueiredo Dias refere, “ *a complementaridade de funções pode ser realizada por duas vias diferentes: os tipos incriminadores constituem uma via provisória de fundamentação da ilicitude, os tipos justificadores uma via de exclusão da ilicitude prima facie indiciada pela subsunção da ação concreta a um tipo incriminador*”. Com o mesmo sentido as palavras de Germano Marques da Silva quando afirma que “ *o tipo incriminador e o tipo justificador não se contrapõem materialmente, ambos são complementares, de modo que a ilicitude nos é revelada através de uns e outros, mas se considerarmos que o tipo incriminador é apenas indiciador da ilicitude a distinção traz clareza à doutrina: a causa de justificação não será então considerada excludente do tipo mas sim da ilicitude. O facto justificado não deixa de ser um facto típico, o que não é, porém, é um facto ilícito*³⁵⁵”.

5.1 Elementos objetivos dos tipos justificadores

Os tipos incriminadores apresentam uma dupla estrutura de natureza **objetiva** e **subjativa**. No tipo objetivo estão essencialmente presentes os problemas relacionados com a **função** e o **sentido da tipicidade**. No tipo subjativo o elemento irrenunciável é o **dolo**, que se deve distinguir daquele outro que pertence à culpa, que se chama de dolo natural, dolo do facto ou dolo do tipo³⁵⁶. Começamos por abordar a questão do tipo objetivo³⁵⁷ e de seguida o tipo subjativo.

A estrutura do tipo de ilícito objetivo comporta um conjunto de elementos de natureza objetiva dos quais se releva: o **desvalor do resultado**, a saber, a criação de um estado juridicamente desaprovado e, assim, o conjunto de elementos objetivos do tipo de ilícito que perfeccionam a figura do delito. Na bipartição operada o ilícito objetivo comporta os elementos típicos **descritivos** e **normativos**. Os primeiros são apreensíveis através de uma

³⁵⁴ Figueiredo Dias, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I p. 385.

³⁵⁵ Germano Marques da Silva, Direito Penal Português, II Teoria do Crime, p.79.

³⁵⁶ Figueiredo Dias, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I p. 283, 348.

³⁵⁷ Sobre esta matéria, o Prof. Eduardo Correia afasta-se da doutrina finalista ao considerar que o tipo, como portador da valoração da ilicitude, tem de ser, como ela, de cariz fundamentalmente objetivo; só a título excepcional conterá elementos subjativos; o dolo e a negligência são elementos da culpa e, como tal, estão fora do tipo legal.

atividade sensorial, isto é, os elementos que referem realidades materiais do mundo exterior e que podem ser conhecidas, captadas de forma imediata, sem necessidade de uma valoração; os segundos só podem ser representados e pensados sob a lógica pressuposição de uma norma ou de um valor sejam especificamente jurídicos ou simplesmente culturais, legais ou supra legais, determinados ou a determinar, elementos que não são sensorialmente perceptíveis, mas só podem ser espiritualmente compreensíveis ou avaliáveis³⁵⁸.

Nos **tipos** objetivos **justificadores**, contrariamente aos incriminadores, o que se verifica é que há circunstâncias que vão afastar a normal existência da ilicitude, ou porventura da culpa, do tipo legal de crime e que obrigatoriamente vão afastar o seu caráter delituoso.

As causas justificativas, ao contrário das causas incriminadoras, não estão sujeitas ao princípio da máxima *nullum crimen sine lege*, nem às suas consequências. Deste modo, nem as concretas causas de justificação precisam de ser certas e determinadas como se exige dos tipos incriminadores; nem elas estão sujeitas em princípio à proibição de analogia; nem se está impedido de (eventualmente) fazer valer causas supra legais de exclusão da ilicitude; nem relativamente a elas vale o princípio da irretroatividade penal³⁵⁹.

Recolhendo-nos ao art. 6º verificamos que os elementos objetivos justificadores **descritivos** do tipo revelam-se quando: “ *Não é punível a conduta do agente encoberto que, no âmbito de uma ação encoberta, consubstancie a prática... de uma infração*”. Estes elementos são facilmente apreensíveis e imediatamente permitem perceber ao agente encoberto que a sua conduta está prevista na lei em determinadas circunstâncias muito concretas.

A definição das exatas circunstâncias da intervenção legal, com isenção da responsabilidade, é recolhida na parte **normativa** do tipo. Nesta vamos encontrar as especiais condições de intervenção do agente e a sua conformidade com os valores jurídico-constitucionais que serviram de referência e limite para a fixação em concreto dos princípios gerais da justificação. A compreensão dos princípios e especificidades jurídicas expressas na norma é apreensível na referência a “ *atos preparatórios ou de execução de uma infração em qualquer forma de participação diversa da instigação e da autoria mediata sempre que guarde a devida proporcionalidade com a finalidades da mesma*”, que implica o perfeito conhecimento de **conceitos jurídicos** da forma do crime e da sua realização, as concretas

³⁵⁸ Figueiredo Dias, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I p. 288-289.

³⁵⁹ Figueiredo Dias, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I p. 385.

formas de autoria, e reconhecimento da utilização desta técnica como *ultima ratio*, ou seja, uma atuação em que se evidencie a proporcionalidade do meio utilizado com o fim objetivo que se pretende na ação encoberta.

A utilização de conceitos extremamente normativos, abertos ou mesmo indeterminados e as cláusulas ou formas gerais de valor, devem conferir à interpretação limites muito mais latos que os admissíveis face ao tipo incriminador. Essencial é sim, sempre, que a aplicação da causa justificativa seja feita em consideração da sua caracterização teleológica específica³⁶⁰.

A causa de justificação é utilizada em situações de **conflito** com o propósito de o superar nos termos mais adequados para o direito. A sua aplicação e imposição implicam o dever do visado, e eventualmente terceiros, de suportá-la. Fundamental é apurar os limites da colisão deste direito justificativo com os direitos afetados do visado ou terceiro, isto é, indagar até onde é possível a restrição do exercício de direitos fundamentais pela ordem jurídico-penal para se alcançar as finalidades político-criminais fixadas pelo Estado de Direito.

As especiais características do art. 6º, enquanto norma incriminadora e justificadora, determinaram que o legislador ao considerar a conduta humana socialmente inadequada, que conduz ao ilícito penal pela violação de bem(ns) jurídico(s) fundamentais, **a não revelasse concretamente no tipo**, adotando o mesmo critério para a identificação do bem jurídico violado, por não ser possível prever de forma absoluta todas as situações suscetíveis de configurar o ilícito típico. Não o fazendo e não reunindo o “conjunto de circunstâncias fácticas que diretamente se ligam à **fundamentação do ilícito**”, atribuiu à autoridade judiciária, entenda-se MP, responsável pela autorização da ação encoberta, o ónus de prestar toda a informação relativa ao facto punível, com a conseqüente violação do bem jurídico protegido, para o exercício da ação penal.

Reunidos os requisitos materiais e formais, que podem permitir o enquadramento penal da situação concreta e conseqüente subsunção da factualidade no ilícito típico penal correspondente, o MP está legitimado para promover o processo penal quanto aos crimes que tomar conhecimento no exercício das suas funções e por causa delas.

³⁶⁰ Figueiredo Dias, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I p. 387.

5.2 Elementos subjetivos dos tipos justificadores

Nesta bipartição, própria do modelo finalista e após ele de toda a concepção pessoal do ilícito, analisamos agora a questão do tipo subjetivo de ilícito na forma dolosa ou negligente. Como referido supra, o dolo de que aqui falamos é o dolo do tipo, e não aquele outro que pertence à culpa, conhecido pelo **dolo natural, dolo facto ou dolo do tipo**³⁶¹.

O dolo do tipo é reconhecido na doutrina como “*conhecimento e vontade de realização do tipo objetivo de ilícito*”. A síntese dualista do dolo do tipo é aferida no **conhecimento** (momento intelectual) e **vontade** (momento volitivo) para realização do facto punível.

Colocada a questão em termos sintéticos na norma incriminadora, falta agora concretizar se a norma justificadora funciona do mesmo modo. Impõe-se saber se o efeito justificativo de uma determinada situação deve ficar ou não na dependência de o agente ter atuado com uma **certa direção de vontade**, em um **certo ânimo** ou de **conhecimento**, por conseguinte, na dependência de certos elementos subjetivos.

Afastada parece estar a ideia que os tipos justificadores operam apenas com os elementos objetivos. Efetivamente em certos textos legais exigem-se elementos subjetivos, como ocorre na legítima defesa em que se requer ao defendente um particular estado de ânimo ou intenção: *o animus defendendi*. Nas palavras de Figueiredo Dias “ a verdadeira razão por que se **impôs** a exigência de elementos subjetivos da justificação reside em que os elementos objetivos do tipo justificador só apresentam virtualidade para excluir o **desvalor do resultado**, enquanto os elementos subjetivos servem para caracterizar, por excelência, a falta do **desvalor da ação**”³⁶². Conclui, afirmando que “ o **conhecimento pelo agente dos elementos do tipo justificador** há de constituir a exigência subjetiva **mínima** indispensável à exclusão da ilicitude, o *mínimo denominador comum de toda e qualquer causa justificativa*”.

O elemento subjetivo do tipo justificador continua a ser um elemento de discussão na doutrina. Uma parte considera que nas causas de justificação o elemento objetivo é suficiente, pois basta a consciência de que concorrem no caso os elementos da situação objetiva de justificação³⁶³. Outra parte afirma que o tipo justificador, além do elemento objetivo, deve

³⁶¹ Figueiredo Dias, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I p. 348.

³⁶² Figueiredo Dias, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I p. 393.

³⁶³ Germano Marques da Silva considera que “a nossa lei parte primariamente de uma valoração objetiva do comportamento numa situação de conflito de bens e que não existindo comportamento objetivamente desvalioso não há ilicitude penal. Ora na situação em que o agente pratica um facto que é objetivamente um ato

revelar o elemento subjectivo,³⁶⁴ que corresponde à intenção de atuar de acordo com o ordenamento jurídico. Essa manifestação, como já se viu na legítima defesa, é replicada no estado de necessidade justificante com a **intenção de afastar o perigo**, ou a autotutela ao exercitar a ação direta. Nesse sentido vão as palavras de Figueiredo Dias quando afirma que” *Hoje domina completamente a ideia de que a justificação (ao menos plena) depende em todos os casos do conhecimento do estado de coisa justificador, quando não mesmo, por vezes - mas não sempre - de uma certa direção da vontade do agente*”³⁶⁵.

6. OS TIPOS JUSTIFICADORES

CAUSAS DE JUSTIFICAÇÃO (EXCLUSÃO DA ILICITUDE E DA CULPA)

O tipo legal de crime é necessária e obrigatoriamente a expressão típica da antijuricidade com relevância criminal. Funciona assim como a garantia máxima dada aos indivíduos, reconhecida no brocardo latino “*nullum crimen sine lege*”, isto é, sem ele não há ilicitude com relevância criminal.

Constituindo o tipo legal a condição legal necessária da ilicitude criminal, nem sempre, porém, ele corresponde a um juízo definitivo sobre esta já que em certos casos pode verificar-se a existência de dadas circunstâncias que a excluem: assim a legítima defesa, o estado de necessidade, o cumprimento de deveres jurídicos, etc³⁶⁶.

A exclusão da aplicabilidade da norma incriminadora resulta de o facto concreto ser valorado nas circunstâncias juridicamente relevantes em que é praticado e, em razão dessas circunstâncias, o interesse jurídico tutelado pela norma incriminadora deixa de o ser. Assim acontece porque uma outra norma, a que prevê a existência justificativa, concede ao agente uma autorização para atuar, não obstante a tipicidade penal do seu comportamento, porque o interesse prosseguido pela norma permissiva é considerado superior ao interesse tutelado pela norma incriminadora ou porque o interesse tutelado pela norma incriminadora deixa de ser relevante, de merecer tutela penal nas circunstâncias previstas pela norma justificadora³⁶⁷.

de defesa, ainda que sem ter consciência disso, não há comportamento objetivamente desvalioso. O desvalor do facto reside apenas na intenção do agente” Direito Penal Português, II Teoria do Crime, p. 111.

³⁶⁴ Faria da Costa refere que a doutrina é consensual em considerar que existem patamares mínimos de exigência em relação à subjetividade, Noções Fundamentais de Direito Penal, p. 276-7.

³⁶⁵ Figueiredo Dias, Direito Penal 1975 (aditamentos) p. 18.

³⁶⁶ Eduardo Correia, Direito Criminal, Volume II, p. 4.

³⁶⁷ Germano Marques da Silva, Direito Penal Português, II Teoria do Crime, p. 76.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

As causas de justificação operam sempre em situações conflituais em que surgem interesses contrapostos e em que importa determinar a qual deles deve ser concedida **prevalência**.

Apresentam-se como **normas de orientação** da conduta em situações de conflitos de interesses jurídicos e é nestas situações que é mais necessário o agente saber o que ele pode, ou não, fazer e os termos em que deve agir. Por isso é desejável que as causas de justificação sejam o mais possível precisas na caracterização dessas situações, de modo a não gerarem hesitações das instâncias formais sobre as condutas que podem ser abrangidas pela causa de justificação subsumível ao caso concreto.

A distinção entre **causas de justificação (causas de exclusão da ilicitude)** e **causas de desculpação (causas de exclusão da culpa)** pressupõe, lógica e dogmaticamente, a distinção entre ilicitude e culpa.

As duas causas operam de formas distintas pois enquanto na primeira o juízo de **ilicitude ou de justificação** tem por objeto o **facto humano** em si mesmo considerado; na segunda o **juízo de culpa ou desculpação** tem por objeto o próprio **agente do facto** ilícito. Temos assim de considerar que a justificação do facto é sempre posterior à questão e afirmação da tipicidade do facto, enquanto a questão da desculpação do agente pressupõe a afirmação prévia da ilicitude do facto, ou seja, inexistência de uma causa de justificação do facto típico³⁶⁸.

6.1 Exclusão da Ilicitude

As causas de justificação ou causas que excluem a ilicitude estão normativamente previstas no Código Penal nos art. 31º e 32º (Legítima defesa), 34º (Exercício de um direito) 36º (Cumprimento de um dever imposto por lei ou por ordem legítima da autoridade) 38º e 39º (Consentimento). Convém notar que a enumeração feita no art. 31º, n.º 2, apenas se refere aos principais tipos justificadores, pois as causas de justificação não estão sujeitas a *numerus clausus* como resulta, aliás, da cláusula geral de justificação do n.º1 do mesmo artigo³⁶⁹.

A aproximação imediata às causas de justificação permite afirmar que estas visam definir as circunstâncias em que a lesão de um bem jurídico tutelado pelo direito penal é **lícita**

³⁶⁸ Taipa de Carvalho, Direito Penal, Parte Geral, p. 489.

³⁶⁹ Como causas de justificação legal podem ser nomeadas a ação direta (art. 336 do C.C.), o direito de correção exercido com moderação e no interesse do visado (v.g. menor), o direito de informação art. 180º n.º 2 do CP.

e por isso também participam da ordem axiológica constitucional que fornece os critérios decisivos para a determinação da juridicidade e, portanto, também para a fixação em concreto dos princípios gerais de justificação³⁷⁰.

A doutrina tem tentado regularmente recorrer à sistematização das causas de justificação com recurso aos princípios gerais da justificação. Das diversas teorias elaboradas – **teoria do fim** - uma conduta típica seria justificada sempre que representasse o justo ou adequado meio para alcançar um fim (justo) - ; **teoria do princípio regulador** da maior vantagem que prejuízo; subordinação da **teoria da ponderação de interesses** à teoria dos fins, desde que justificado pela respetiva adequação social³⁷¹, nenhuma delas resolve a questão mas todas têm **contribuído** para o seu desenvolvimento e aplicação.

A sistematização dualista defendida por Mezger que, não devendo ser acolhida como sistematização das causas justificativas teve o mérito de pôr em evidência o princípio geral mais relevante de toda a justificação, colheu a defesa de dois princípios para solução da questão: o princípio do **interesse preponderante**, válido para a generalidades das causas justificativas; e o do princípio da **falta de interesse**, a que deveria ser reconduzida a causa justificativa do consentimento³⁷².

As causas de justificação operam em **situações conflituais** em que existem colisões de interesses e dos quais importa determinar o prevalecente. A justificação terá de ser sempre a que resulta da preponderância jurídica, de um interesse perante o outro, ou seja, da **prevalência do interesse juridicamente preponderante**. Só a partir deste equilíbrio é possível a maior preservação possível dos bens jurídicos.

Os princípios do interesse preponderante e da falta de interesse, nas situações conflituais, prestam-se a funcionar como **princípios reguladores** dotados da maior relevância na tarefa da interpretação e integração das causas de justificação da ilicitude.

Devemos assim considerar que o **efeito das causas de justificação**, quando reunidas as exigências objetivas e subjetivas, **é transformar a ação num facto lícito**, contra o qual não é admissível a legítima defesa nem qualquer outro direito de intervenção. Esta característica é relevante na distinção entre causas de justificação e causas de exclusão da

³⁷⁰ Germano Marques da Silva, Direito Penal Português, II Teoria do Crime, p. 81.

³⁷¹ Eduardo Correia, Direito Criminal, Volume II, p. 9 e 10.

³⁷² Figueiredo Dias, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I p. 391.

culpa, pois, ao contrário do que sucede naquelas, pode reagir-se em legítima defesa contra quem atua a coberto de uma causa de exclusão da culpa³⁷³.

6.2 Exclusão da culpa

No Cap. III, do Tit. II da Parte Geral do CP estão tipificadas causas que excluem a culpa, como seja, o nº 2, art. 33º (Excesso de legítima defesa resultante de perturbação, medo ou susto, não censuráveis), art. 35º (Estado de necessidade desculpante) e no art. 37º (Obediência indevida desculpante). São também causas de exculpação a inimputabilidade e o parentesco mais próximo no favorecimento pessoal art. 367º, nº 5 do CP.

No plano da culpa a questão deve ser colocada para todas aquelas situações que, embora irrelevantes para excluir a ilicitude do facto punível, impedem a censura (jurídica) ao sujeito imputável que pratica o facto com dolo e negligência (se a lei com esta se basta), ou seja a exclusão da culpa³⁷⁴.

Os princípios gerais das causas de exculpação, para Germano Marques, estão dependentes de fatores exógenos³⁷⁵ e endógenos que podem determinar a desculpabilidade. As **causas relevantes para a exclusão da culpa** podem agrupar-se em dois grupos: a) causas que afastam a censurabilidade porque negam, desde o início, a existência de um agente culpável; b) causas que afastam a culpabilidade porque afastam um dos pressupostos da própria culpabilidade. Ao primeiro grupo pertencem as causas da inimputabilidade e ainda a coação física irresistível que tem como consequência suprimir a vontade do agente, já que a vontade do agente é pressuposto dessa censurabilidade dessa vontade. Pertencem ao segundo grupo todas as demais causas incompatíveis com o juízo de censura ou porque perturbam o conhecimento da própria vontade.

Para Taipa de Carvalho as causas de exclusão da culpa estão diretamente relacionadas com o conceito de culpa que se adotar. Se o conceito adotado corresponder à culpa jurídico-penal como “culpa da personalidade” situações como a inimputabilidade, falta de consciência da ilicitude e a figura da “não exigibilidade” estão a coberto desta causa de exclusão. Se a conceção for a da “culpa da vontade” então estas situações dificilmente poderão ser consideradas como excludentes da culpa, porque o agente ao saber que está a

³⁷³ Figueiredo Dias, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I p.401.

³⁷⁴ Eduardo Correia, Direito Criminal, Volume II, p. 14.

³⁷⁵ Segundo este autor as causas exógenas excluem a vontade e as causas endógenas não a excluindo influenciam-na, Direito Penal Português, II Teoria do Crime, p.208.

optar ilicitamente e, portanto, na perspectiva da culpa da vontade como mau exercício do livre-arbitrio, atua culposamente³⁷⁶.

A doutrina portuguesa mais recente erige a liberdade em pressuposto do conceito material de culpa, aquela é em geral tomada como **liberdade da vontade**, como *liberum arbitrium indifferentiae*, como possibilidade de atuar sem perturbações invencíveis, endógenas ou exógenas, do mecanismo psicológico da vontade. Assim, culpa só pode ser **censurabilidade da ação** por o culpado ter atuado contra o dever quando podia ter atuado de acordo com ele. O poder agir de outra maneira na situação concreta que corresponde à cláusula de inexigibilidade cuja interpretação carece de ser apreciada. Nestas circunstâncias, no direito português, é sempre indispensável que o juiz comprove que não era razoável exigir do agente, segundo as circunstâncias do caso, comportamento diferente. Este critério pessoal impõe um certo dever de suportar perigos (não apenas gerais, o que é evidente, mas também concretos) dever este inafastável.

Na apreciação de Figueiredo Dias toda a culpa é materialmente, em direito penal, o ter que responder pelas qualidades juridicamente desvaliosas da personalidade que fundamentam um facto ilícito-típico e nele se exprimem, considerando que esta aceção material de culpa reivindica um fundamento ético-existencial, abertamente crente na liberdade da pessoa. Com base nesta premissa admite a introdução dos casos de inexigibilidade como causa de exclusão da culpa desde que se permita afirmar que perante uma situação exterior também a generalidade dos homens “**honestos**” ou “**normalmente fiéis ao direito**” teria provavelmente atuado da mesma maneira; e que as qualidades pessoais juridicamente relevantes manifestadas no facto, não sejam, apesar disso, juridicamente censuráveis. Sendo assim, compreender-se-á todavia que a inexigência não deva constituir uma causa geral de exclusão da culpa, mas só deva ser aceite nas hipóteses em que a lei tenha entendido dever exprimi-la.

O princípio da inexigibilidade supõe, tal como estado necessidade justificante, uma colisão de bens jurídicos e por isso muitos dos requisitos do estado de necessidade justificante são repetidos no estado de necessidade desculpante. Para além daqueles pressupostos, o estado de necessidade desculpante impõe que **não seja razoável exigir do agente, segundo as circunstâncias do caso, comportamento diferente**. No direito português é sempre

³⁷⁶ Taipa de Carvalho, Direito Penal, Parte Geral, p. 490.

indispensável que o juiz comprove que não era razoável exigir do agente, segundo as circunstâncias do caso, comportamento diferente. Este critério pessoal – como se impõe ao nível da culpa – pode ser caracterizado como critério pessoal-objetivo: um certo dever de suportar perigos (não apenas gerais, o que é evidente, mas também concretos) é inafastável. A consequência previsivelmente mais importante que dali deriva é a de que a desculpa deve em definitivo ser negada sempre que a **lei exija do agente que suporte o perigo**. A mais clara clara manifestação desta situação é porventura a das hipóteses em que sobre o agente recai um particular dever de suportar (exigibilidade intensificada ou o especial dever de suportar riscos acrescidos: soldados bombeiros, polícias) derivado de ele se encontrar em uma situação situação jurídica (gozar de um estatuto jurídico) especial. Não pode aqui aceitar-se a intervenção da cláusula de inexigibilidade se a ameaça se mantém dentro da área típica de perigos que o agente tem o dever de correr ou de suportar³⁷⁷.

7. AS CAUSAS DE JUSTIFICAÇÃO E A SUA APLICAÇÃO NA ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

As causas de justificação de condutas típicas repercutem as interconexões entre a política criminal e o direito penal que tem conduzido, segundo Costa Andrade, ao crescente peso da dimensão político-criminal na doutrina e na *praxis* deste setor do direito penal que se reflete na criação de tipos justificadores.

Podem ser múltiplos os pontos de vista que permitem que se exclua o ilícito material de um facto, apesar do cumprimento do tipo, e a sua criação estar sujeita a necessidades muito diversas. A necessidade de **intervenção da autoridade** surge como um dos campos privilegiados para o surgimento dos campos de justificação. As razões pelas quais é permitido deter pessoas, entrar nas suas casas ou provocar-lhes ofensas corporais, mudam permanentemente³⁷⁸.

A isenção de responsabilidade do agente encoberto ou de terceiro no âmbito de ação encoberta insere-se no âmbito das causas de exclusão estritamente penais. Neste pressuposto, não pode ser justificada pela **imunidade** ou **irresponsabilidade**, quer no sentido de privilégio

³⁷⁷ Figueiredo Dias, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I p.615-6.

³⁷⁸ Claus Roxin, Política Criminal, p. 77.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

concedido para a prática de atos ilícitos, quer no sentido de irresponsabilidade pelas decisões tomadas durante a sua intervenção. O conceito de imunidade significa, neste caso, que o agente encoberto não pode agir como estando investido de privilégios que lhe permitam atuar sem regras nem controlo, ou seja, com imunidade de jurisdição penal. O conceito de irresponsabilidade não significa que o agente encoberto não pode ser chamado à responsabilidade civil³⁷⁹ por danos causados no exercício das suas funções e por causa desse exercício. A esta responsabilidade pode ainda acrescer a responsabilidade disciplinar a que está sujeito o agente encoberto se, no caso, corresponder ao funcionário na aceção do art. 386º do CP.

Como já sobredito, a questão da isenção de responsabilidade justifica-se estritamente em termos penais, não sendo, porém, consensual ou pacífica a forma como esta justificação pode ser obtida.

Para Alves Meireis a conduta do agente infiltrado “na medida em que a sua atuação se encontra prevista e legitimada por lei (art. 59º nº do DL 15/93 e art. 6º da Lei nº 36/94) e só nessa medida, não será punido por exclusão da ilicitude pois encontra-se no **exercício de um dever *ex-officio***”

A opinião de Gonçalves/Alves/Valente vai no sentido de que o agente encoberto “atua legitimado pela lei e ainda no **cumprimento de um dever**, estando pois, excluída assim a ilicitude nos termos das referidas leis e do art. 31º, n.º1 e 2 al.c) do CP.

Segundo Rui Pereira, a causa de **exclusão da ilicitude** serve para justificar os atos praticados por um agente infiltrado. Distingue as finalidades preventivas e repressivas, sustentando que, no primeiro caso, “a licitude é definida de acordo com os juízos de ponderação que enformam a justificação penal (art. 31º e seguintes do Código Penal)³⁸⁰.”

A **teoria da exclusão da ilicitude** baseia-se na ideia de que a ação do agente encoberto está justificada porque **legitimada pela lei e prevalência do interesse preponderante**. As diversas formas de reconhecer a exclusão da ilicitude estão consagradas em vários tipos justificadores (legítima defesa, estados de necessidade justificantes e outros)

³⁷⁹ Lei 67/2007 de 31 de dezembro Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas.

³⁸⁰ Isabel Oneto, O Agente Infiltrado, p. 155.

permitindo a salvaguarda dos bens jurídicos que de outra forma ficavam desprotegidos perante ameaças ilícitas.

No Estado de direito democrático a relação entre os que exercem poderes estaduais e os simples cidadãos não confere àqueles um poder geral de intervenção na esfera jurídica destes e, por conseguinte, no círculo dos seus bens jurídicos. Contudo, ao titular de um poder oficial são concedidos concretos direitos de intervenção cujo exercício numa relação igualitária seria ilícito; mas que, no caso, representam o **exercício de um direito** (art. 31º-2º al.b) – ou/e o **cumprimento de um dever** (art. 31º-2º al. c) e cujos factos deste exercício resultantes, apesar de formalmente típicos, se encontram na precisa medida justificados³⁸¹.

A intervenção estadual através dos órgãos legítimos (autoridades judiciárias, policiais, administrativas, militares, etc) é uma consequência direta do **direito de intervenção** que assiste a estas entidades oficiais.

No campo do direito processual os exemplos proliferam: medidas de coação processual, diligências probatórias, detenção, prisão preventiva, revistas, buscas, escutas telefónicas, e sobretudo, privação da liberdade durante período determinado. Tais medidas podem mesmo implicar o recurso à força se tanto for necessário e legalmente admissível. Nestes casos é a **atuação oficial como tal** que, uma vez verificados os respetivos pressupostos formais e materiais da legitimidade, constitui o exercício de um direito ou o cumprimento de um dever e, por isso, uma causa de justificação³⁸².

A opção político-criminal assumida no regime jurídico das ações encobertas ao isentar da responsabilidade penal o agente encoberto, a coberto da exclusão da ilicitude, impôs a ligação entre a ordem axiológica constitucional e a categoria jurídico-penal da ilicitude.

Ao criar tipos justificadores para determinadas condutas o legislador pretende justificar o que, para a ordem jurídica, constitui um facto negativamente valorado³⁸³.

Nesse sentido Figueiredo Dias refere que as causas de justificação “ *visam definir, tal como os elementos típicos incriminadores, embora à sua maneira particular, as condições dentro das quais a lesão de um bem jurídico é lícita; deste modo, também elas se ligam à ordem legal dos bens jurídicos e, por seu intermédio, à ordem axiológica constitucional. É*

³⁸¹ Figueiredo Dias, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I p. 495.

³⁸² Figueiredo Dias, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I p. 495.

³⁸³ Isabel Oneto, O Agente Infiltrado, p. 161.

*esta ordem axiológico constitucional que há de fornecer os critérios decisivos para a determinação de juridicidade e, portanto, para a fixação em concreto dos princípios gerais de justificação*³⁸⁴”.

A evolução da doutrina do estado de necessidade colocou em evidência a designada **teoria diferenciada do estado de necessidade**. No essencial a teoria defende que umas vezes o estado de necessidade excluiu a ilicitude (sacrifício de valores menores para salvar valores maiores) caso do art. 34º do CP (Direito de necessidade) funcionando como causa de justificação; outras vezes excluiu a culpa (caso de sacrifício de valor igual ou menor ao valor jurídico sacrificado quando ao agente não era exigível outro comportamento) caso do art. 35º (Estado de necessidade desculpante) aqui funcionando como causa de exclusão da culpa.

A despeito das diferenças existentes as duas figuras apresentam um denominador comum: o afastamento da prática de um facto típico, de um perigo atual que ameace bens jurídicos do agente ou terceiro. Se o interesse salvaguardado for de valor **sensivelmente superior** ao sacrificado, o facto está justificado pelo direito de necessidade; se o não for **o facto é ilícito**, mas o agente poderá, dentro de certos e estritos pressupostos, ver a sua culpa excluída³⁸⁵.

O art. 35º, nº 1, do CP dispõe que *“age sem culpa quem praticar um facto ilícito adequado a afastar um perigo atual, e não removível de outro modo, que ameace a vida, a integridade física, a honra ou a liberdade do agente ou terceiro, quando não for razoável exigir-lhe, segundo as circunstâncias do caso, comportamento diferente”*. Encontra-se aqui consagrado o princípio da **inexigibilidade** e a sua direta relação com a colisão de bens jurídicos, tal como sucede no estado de necessidade justificante.

A exclusão da culpa só poderá colocar-se em causa quando o estado de necessidade desculpante não salvaguarde bens jurídicos claramente preponderantes mas, bem ao contrário, quando se salvaguardem bens **inferiores, iguais** ou no máximo **não sensivelmente superiores** ao bem jurídico lesado³⁸⁶. Se os bens sacrificados pela conduta do agente forem de valor igual ou maior ao dos bens ameaçados, o facto é **sempre ilícito**, mas o agente pode ser

³⁸⁴ Isabel Oneto, O Agente Infiltrado, p. 161

³⁸⁵ Figueiredo Dias, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I p. 439.

³⁸⁶ Figueiredo Dias, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I p. 612.

desculpado, **por não lhe ser concretamente exigível** naquelas circunstâncias outro comportamento, se se verificarem os pressupostos de que a lei faz depender essa desculpa³⁸⁷.

Há quem considere que a exclusão da punição em casos de estado de necessidade desculpante derivaria do somatório do efeito de diminuição da culpa com a diminuição do conteúdo ilícito. Na realidade o agente que com o seu facto lesa um bem jurídico, a verdade é que também salva o outro bem jurídico conflituante, se bem que de hierarquia superior ou não manifestamente superior à do bem lesado. Se do caso concreto resultar efetivamente uma situação de inexigibilidade, ainda que se aceite uma eventual diminuição do ilícito, não é esta diminuição, em todo o caso, mas a ausência de culpa que conduz à não punição³⁸⁸.

Como exemplo desta situação Figueiredo Dias invoca que o estado de necessidade desculpante **pode** obstar à punição tanto daquele que, para salvar a sua vida causa a morte de uma pessoa, como daquele outro que causa a morte de duas ou dez; como não conduz à exclusão da culpa o facto daquele que, para salvar os seus bens de um incêndio, causa uma ofensa grave, em maior ou menor medida, à integridade física de outro³⁸⁹.

Concluimos, assim, que para a intervenção do agente encoberto ser jurídico-penalmente isenta de responsabilidade ela tem sempre de ser devidamente **protegida por uma causa justificadora**. A **valoração positiva pela ordem jurídica** permite que durante esse exercício possa pôr em perigo ou lesar bens jurídicos penalmente tutelados.

As possibilidades mais consistente para a justificação e conseqüente isenção da responsabilidade do agente encoberto decorrem do facto de o funcionário ou terceiro, na qualidade de agente encoberto, desempenhar uma atividade relevante, apreciada positivamente pela ordem jurídica e reconduzível a uma lógica de ponderação de interesses, valores ou bens jurídicos conflituantes³⁹⁰.

A justificação para a conduta do agente encoberto não está devidamente sedimentada. A doutrina e a prática jurisprudencial têm contribuído com opiniões e decisões que convergem maioritariamente no sentido de que a **justificação deve ser considerada a coberto da exclusão da ilicitude**, negando a possibilidade da exclusão da culpa.

A intervenção do agente encoberto pode assim ocorrer justificadamente num quadro de **intervenção de um poder oficial** ao qual são atribuídos **concretos direitos de**

³⁸⁷ Germano Marques da Silva, Direito Penal Português, Parte Geral II, Teoria do Crime, p. 213.

³⁸⁸ Figueiredo Dias, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I p. 612.

³⁸⁹ Figueiredo Dias, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I p. 612

³⁹⁰ Rui Pereira, I Congresso de Processo Penal, p. 245.

intervenção que representam o **exercício de um direito** (art. 31º, n.º 2 al. b) e /ou o **cumprimento de um dever** (art. 31º, n.º 2 al. c) e cujos factos deste exercício resultantes apesar de típicos, se encontram nesta precisa medida justificados³⁹¹. Neste pressuposto, para Figueiredo Dias, a atuação oficial constitui uma causa de justificação, no quadro do **exercício de um direito** contido no art. 31º, n.º 2 al. b), apenas quando se verifica a totalidade dos pressupostos fácticos e jurídicos de que a lei faz depender a concessão do respetivo direito de intervenção.

O **direito de intervenção do agente encoberto** há de sempre provir da ordem jurídica, do direito vigente. Quando a lei confere o exercício dum direito ou impõe um dever, não pode haver responsabilização resultante desse direito ou do dever, exceto quando se excedem os limites que a lei impõe. Onde existe cumprimento do dever legal não é possível a prática de crime *-iuris executio nom habet iniuriam*³⁹².

Na opinião de Germano Marques da Silva, o fundamento da **causa de justificação cumprimento de um dever é o mesmo do exercício de um direito**. Trata-se ainda da decorrência necessária do princípio lógico da não contradição; se a ilicitude traduz a ideia de oposição entre um comportamento (facto) e a norma jurídica, não se pode atribuir essa mesma ilicitude ao comportamento que se realiza de acordo com a norma, por imposição do direito. Os deveres devem provir de lei penal, ou outra, mas deve ser sempre um dever legal. O cumprimento de um dever só pode ser invocado quando o agente respeitou os limites do dever legal; quando vai além desse limite já não está a cumprir o dever que sobre ele impende³⁹³. Ao ser imposto por lei, o cumprimento do dever significa que emana diretamente de uma ordem jurídica e não apenas imposto por lei em sentido formal.

Os argumentos supra expostos permitem concluir que a conduta do agente encoberto e a isenção de responsabilidade pela prática de atos ilícitos é maioritariamente considerada **justificável através da exclusão da ilicitude**, nomeadamente no **exercício de um direito** e/ou no **cumprimento de um dever**. A necessidade real e compreensível de agilizar a atuação dos agentes do Estado só é concebível com legislação relativa aos atos das autoridades e à sua responsabilidade, que acautele na medida devida e precisa as condições difíceis, inadiáveis e quantas vezes imprevisíveis em que aquelas têm de atuar.

³⁹¹ Figueiredo Dias, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I p. 494.

³⁹² O exercício de um direito não contém ofensa.

³⁹³ Germano Marques da Silva, Direito Penal Português, Parte Geral II, Teoria do Crime, p.131.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

A partir destas premissas, somos de opinião que a **isenção de responsabilidade** do agente encoberto, pelas razões sobreditas, encontra-se **plenamente justificada no exercício de direito e/ou no cumprimento de um dever**, sendo de afastar as justificações reguladas nos estados de necessidade justificante e desculpante.

Temos que os fundamentos justificadores do direito de necessidade a sua natureza dual (razão de utilidade social e o mínimo de solidariedade entre os membros da comunidade humana) não são suficientes para cobrir as situações decorrentes da ação encoberta com a capa da justificação. Relativamente ao estado de necessidade desculpante ou qualquer outra causa de exculpação devem ser liminarmente afastadas como causa de justificação da conduta do agente encoberto. Devemos ter em conta que as ações encobertas correspondem a um mecanismo de investigação criminal, excecional utilizado no âmbito da prevenção e repressão da criminalidade organizada, desenvolvido pelo Estado de direito obedecendo a opções axiológicas constitucionais que devem ser respeitadas pelas normas penais e processuais e orientar a sua interpretação.

Não podemos admitir que numa intervenção promovida e autorizada pelo Estado com intervenção da autoridade judiciária e de órgão de polícia criminal (com eventual participação de terceiros sob a sua orientação direta) seja colocado o problema da responsabilidade do agente encoberto no plano de **inexigibilidade** de outra conduta. Pretendemos desta forma reafirmar o que já foi afirmado supra, na matéria referente à exclusão da culpa, pois que a situação do agente encoberto é um daqueles casos em que sobre o agente recai um particular dever de suportar **riscos acrescidos** por se encontrar numa **situação jurídica especial**, não sendo, por isso, aceitável a intervenção da cláusula de exigibilidade se a ameaça se mantém dentro da área típica de perigos que o agente tem o dever de correr ou suportar.

8. CONCRETAS FORMAS DE AUTORIA E CUMPLICIDADE

Ao excluir a **autoria mediata** e a **instigação** das condutas justificadas no decurso da ação encoberta, o legislador considerou a hipótese do agente provocador. Nestes termos aqueles que **deram causa** ao crime **não podem beneficiar da isenção** da responsabilidade penal.

Resta, então, apurar em que termos pode o agente encoberto atuar a coberto da isenção de responsabilidade. Na abordagem a realizar vamos considerar ao lado da **autoria**, a categoria da “participação” – em atenção a uma mesma entre nós, continuada tradição doutrinal -, então uma tal categoria é inteiramente preenchida pela cumplicidade: participação e **cumplicidade** são assim sinónimas, a primeira de extração doutrinal, a segunda de extração legal³⁹⁴.

Neste plano podemos definir uma **participação principal** e uma **participação secundária**: a primeira aplica-se aos autores que a lei considera como aqueles que realizam a ação típica, direta ou indiretamente, isto é pessoalmente ou através de terceiros (dão-lhe causa); a segunda são aqueles que não realizando a ação típica nem lhe dando causa ajudam os autores a praticá-la.

Na linha de pensamento supra exposta consideramos que ao agente encoberto não está vedada a prática de crime na forma consumada, e não apenas na fase dos atos preparatórios ou forma tentada com alguns autores defendem, sendo, porém, necessário concretizar os termos em que essa participação pode ocorrer.

8.1 Autoria e coautoria

O art. 26º do CP prevê as diversas alternativas da autoria. A primeira corresponde ao **autor singular** descrito na expressão “quem executar o facto, **por si mesmo**”. O critério essencial pode resumir-se a : autor imediato é aquele que executa o facto por suas próprias mãos, preenche **na sua pessoa** os elementos objetivos e subjetivos do ilícito típico e detém o **domínio da ação**³⁹⁵.

No caso de suceder **pluralidade de agentes** na prática do facto a alternativa surge pela expressão: tomar **parte direta** na execução do facto, **por acordo ou conjuntamente com outro ou outros**. Corresponde à **coautoria** que continua a ser dominada pelo conceito do domínio do facto, melhor de um domínio do facto “coletivo” ou “**condomínio do facto**”. Nesta figura conjuga-se um conjunto de características baseadas na **decisão conjunta**; uma **determinada medida de significado funcional** da contribuição do coautor para a realização típica que impõe que o coautor tome parte direta na execução.

³⁹⁴ Figueiredo Dias, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I p. 825.

³⁹⁵ Figueiredo Dias, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I p. 776.

8.2 Autoria mediata

A autoria mediata está exposta no art. 26º quando considera autor “quem executar o facto(...) por **intermédio de outrem**”. Nestas situações existe sempre um “homem-de-trás” e um “homem-da-frente”: aquele com o domínio do facto e da sua vontade responsável, este como instrumento ou executor dos desígnios do homem-de-trás.

No quadro da autoria mediata, como afirma Roxin, “o homem-de-trás possuiu sobre o homem-da-frente o **domínio da vontade**, o que paradigmaticamente sucederá em duas situações: quando o homem-de-trás **coage** o homem-da-frente à prática da ação (**domínio da vontade por coação**) ou quando o engana e o torna assim em executor involuntário do seu plano delituoso (**domínio da vontade por erro**).

A separação entre a autoria mediata e a instigação é feita pela doutrina a partir do “princípio da (auto-) responsabilidade”. Para Figueiredo Dias este princípio conduz a que da autoria mediata sejam excluídas todas as situações em que entre a conduta do homem-de-trás e o delito se interponha a atuação de um homem-da-frente (ou executor) plenamente responsável, isto é, que atue a título de **culpa dolosa**. Só quando tal não suceda, quando o executor não surja, na aceção predita, como plenamente responsável – e portanto tenha atuado face ao homem-de-trás, sob a sua influência e, nesta aceção, numa posição subordinada – se pode considerar que o homem-de-trás (autor mediato) “executou” o facto “por intermédio de outrem” ou, como se exprime unanimemente a doutrina servindo-se do homem-da-frente como instrumento. Assim deixam as categorias da autoria mediata e da instigação de conviver sob o “chapéu de chuva” da autoria moral ou intelectual e ganham autonomia recíproca³⁹⁶.

8.3 Instigação

Nos termos do art. 26º, n.º 1, é autor “ainda quem, dolosamente, **determinar outra pessoa à prática do facto**, desde que haja execução ou começo de execução”. Esta forma de participação corresponde à instigação.

Instigador (“homem de trás”) é aquele que **produz** ou **cria** de forma cabal no executor (“homem-da frente”) a **decisão** de atentar contra um determinado bem jurídico-penal através da comissão de um **concreto ilícito típico**³⁹⁷. O instigador durante a sua intervenção

³⁹⁶Figueiredo Dias, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I p. 777.

³⁹⁷Figueiredo Dias, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I p. 776.

possuiu claramente o domínio do facto, sob a forma de domínio da decisão do instigado de cometer o ilícito penal.

A instigação implica obrigatoriamente **execução** ou **começo de execução** da parte do instigado. Justifica-se a proposição porque o processo de determinação sendo essencialmente interno ou psicológico tem de revelar, obrigatoriamente, uma exteriorização de atos pelo instigado que demonstrem inequivocamente a resolução de praticar ato (s) do ilícito penal.

A determinação da instigação tem sempre de ser **dolosa**, como refere o preceito em causa. O domínio da decisão não é compatível com a produção ou criação de uma tal decisão no executor por negligência. Saber se o dolo exigido deve corresponder a dolo direto ou dolo eventual pode colocar dúvidas quanto ao último. Se no dolo direto não existe dúvidas do propósito do instigador criar no instigado a decisão de cometer o ilícito-típico; já no dolo eventual admite-se como possível a compatibilidade daquele propósito do instigador do êxito da tarefa como meramente possível, aliada à sua conformação com tal possibilidade³⁹⁸.

Uma questão colocada frequentemente é saber se o **dolo do instigador** deve dirigir-se à **consumação** do facto pelo instigado ou referir-se à mera **tentativa**. Na realidade estas situações podem surgir com alguma frequência durante ações encobertas em que desponte a figura do agente provocador. Neste caso o agente provocador atua no sentido de determinar alguém à prática de um facto, para ainda no estágio da tentativa o deter ou denunciar e evitar que a consumação venha a ocorrer. Como refere Figueiredo Dias o dolo do instigador pode ser dirigido para o estágio da tentativa ou da consumação do ilícito típico. Aliás, como se infere do teor literal do art. 26º – também a tentativa constitui um facto na aceção daquele preceito legal, o qual não exige mais do que haver “começo da execução” – sendo perfeitamente possível a **determinação** de uma pessoa a um facto tentado.

A **instigação** do agente encoberto no executor, ou seja atuando como agente provocador e consequentemente como responsável pelo ilícito típico praticado, caracteriza-se pela **capacidade** do primeiro **de produzir ou criar no segundo a decisão firme** de atentar contra um determinado bem jurídico.

8.4 Cumplicidade

A cumplicidade é, pois, uma forma secundária de participação na comparticipação criminosa, isto porque está dependente da execução ou começo de execução do crime e

³⁹⁸ Figueiredo Dias, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I p. 810.

representa menor gravidade objectiva, na medida em que não é determinante para a prática do crime. Nos termos do art. 27º do CP cúmplice é “*quem dolosamente e por qualquer forma, prestar auxílio material ou moral à prática por outrem de um facto doloso*”. Não sendo determinante para a prática do crime, pois esta intervenção traduz-se em mero auxílio, contribui para a sua prática, pelo que corresponde a uma concausa do facto ilícito principal.

9. LIMITES DA CAUSA DE EXCLUSÃO

O n.º 1, do art. 6º, da Lei 101/2001 não excluiu a responsabilidade penal do agente encoberto quando a sua conduta integrar a comparticipação subsumível na categoria da autoria mediata ou da instigação. Nestes termos, sempre que ao agente encoberto venha a ser imputado um facto ilícito típico tentado ou consumado, nestas concretas formas de autoria, a isenção de responsabilidade está excluída e o agente será responsabilizado nos termos gerais.

Vejamos agora em que circunstâncias e com que limites pode atuar o agente encoberto protegido pela causa de exclusão do n.º1, do art. 6º.

Como ponto prévio à nossa exposição não podemos desprezar que a criação do regime jurídico das ações encobertas surge da necessidade de uma maior eficácia à criminalidade, nomeadamente à criminalidade mais grave e violenta. A criminalidade grave e violenta está atualmente associada a grupos/associações criminosas organizadas e estruturadas, com implementação nacional ou transnacional que, não raras vezes, se assumem como contrapoder ao próprio Estado. É neste contexto que pode ter de atuar o agente encoberto revelando-se necessário aferir os contornos legais da sua intervenção.

A primeira questão que pretendemos colocar é saber se e em que termos pode o agente encoberto ser autor singular, ou seja, enquanto agente único da infração.

Se o agente encoberto decide atuar sozinho pertencendo-lhe o **domínio do facto**, quem dele é “senhor”, quem toma a execução de tal modo que dele depende decisivamente o *se* e o *como* da realização típica, isto é, como figura central do acontecimento ele concentra exclusivamente em si o facto como unidade de sentido objetivo e subjetivo: numa sua vertente

como obra de uma **vontade** que dirige o acontecimento, noutra vertente como fruto de uma **contribuição** para o acontecimento dotado de um determinado peso e significado objetivo³⁹⁹.

A isenção de responsabilidade integra os ilícitos típicos praticados pelo agente encoberto na qualidade de autor singular. Apesar de ser ele quem procede à realização típica, através do domínio da ação, a sua intervenção e os seus atos têm de se revelar proporcionais aos fins visados pela ação encoberta e nos termos formais da respectiva utilização.

Admite-se que nestas situações a principal dificuldade esteja na ponderação dos bens jurídico-penais que podem ser lesados ou postos em perigo durante a intervenção. Parece consensual e pacífico que não podem ser justificáveis aquelas condutas que coloquem em risco ou afetem bens jurídicos absolutamente indisponíveis, caso da vida. Por conseguinte, a violação dos bens jurídico-penais terá sempre de resultar da preponderância jurídica dos interesses jurídicos conflitantes que permita a sua justificação à luz das finalidades da ação.

O cumprimento legal da ação encoberta só é viável e invocável quando o agente encoberto respeitou os limites do dever legal, não o podendo fazer quando ultrapassa esse limite e não cumpre o dever que sobre ele impende.

O legislador não decidiu considerar o agente encoberto inimputável ou, de outra forma, considerar que no combate à criminalidade “os fins justificam todos os meios”, mas adotou, claramente, um regime excepcional para as situações em que se verifique a utilização deste meio de investigação e produção de prova.

No Estado de direito é usual contrapor aos direitos e liberdades dos indivíduos, constitucionalmente garantidos, os correspondentes deveres por parte do Estado de não violar, através das leis, a igualdade ou liberdade que forma o conteúdo desses direitos; ou, por outras palavras, de não interferir na esfera individual assim protegida através de leis pelas quais essa esfera seja reduzida ou mesmo aniquilada⁴⁰⁰.

Importa, contudo, salvaguardar que no decurso da ação encoberta e decorrente da conduta do investigador ou terceiro podem ocorrer **situações de erro** que são subsumíveis, em geral, nos art.s 16º, n.º 2, ou 17º do Código Penal. O primeiro quando o agente atua erroneamente convencido da existência de uma situação de justificação ou, no segundo caso, quando age em erro sobre a ilicitude. Assim, se o agente encoberto crê, devido a uma representação errónea da realidade, que é adequada uma determinada conduta criminosa, deve

³⁹⁹ Figueiredo Dias, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I p. 766.

⁴⁰⁰ Hans Kelsen, Teoria Pura do Direito, p. 331.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

aplicar-se o n.º 2, do art. 16, por se encontrar em erro sobre um requisito da causa de justificação. A punição ocorre a título negligente, o dolo é excluído, caso o crime permita esta modalidade e o agente tenha incorrido num erro indesculpável.

Caso distinto ocorre nas situações de erro sobre a ilicitude – caso em que o agente supunha, por exemplo, que a isenção de responsabilidade também abarca casos de autoria mediata e instigação – que são subsumíveis no art. 17º, do Código Penal, podendo gerar desculpa e consequente impunidade da pena (n.º1 e 2, respetivamente): nestas situações estamos perante casos de erro indireto sobre a ilicitude⁴⁰¹.

A isenção de responsabilidade, além da sua aplicabilidade nos casos de autoria singular, é ainda aplicável nas situações em que o agente encoberto atua em situações de coautoria e cumplicidade. Na primeira destas figuras o coautor toma parte direta na execução do facto, por acordo, ou conjuntamente com outro ou outros, ou seja, estamos na presença de um domínio do facto “coletivo” ou talvez de um “condomínio do facto”. Esta figura apresenta como características uma **decisão conjunta**, uma determinada medida de significado funcional (tomar parte direta na execução); o coautor participa na execução de um plano comum no qual realiza uma “tarefa” que lhe está distribuída na “divisão de trabalho”. A decisão conjunta terá a sua expressão no significado externo de que a realização acordada se reveste, nomeadamente no papel ou função que a cada coautor é distribuído na execução total do facto.

É neste contexto que, em princípio, com mais frequência se vai desenvolver a intervenção do agente encoberto se atendermos à natureza da criminalidade para a qual foi desenvolvido o atual regime jurídico. No âmbito da criminalidade organizada o agente encoberto vai ser confrontado com organizações ou centros organizados de poder, estruturados hierarquicamente e dotados de disciplina própria, com um modo de funcionamento quase “automático” para aqueles que a integram⁴⁰².

O agente encoberto deve ter sempre presente que a sua intervenção, a coberto da causa de exclusão de responsabilidade, está justificada desde que ressalve a devida

⁴⁰¹ Rui Pereira, I Congresso de Processo Penal, p. 248.

⁴⁰²Característico deste tipo de organizações criminosas são as designadas “mafias”, movimentos terroristas (globais ou domésticos v.g. Al Qaeda, IRA ou ETA), movimentos/milícias do género Ku Klux Klan, Neo Nazi (Nacional Socialist), Skinheads, Aryan Nations ou Hell Angels que representam fenómenos nacionais ou internacionais que correspondem a organizações criminosas com um forte sentido organizacional e disciplina interna. Apesar de não citadas, não podem ser menosprezadas as organizações criminosas do Leste Europeu ou do continente Asiático pelo papel relevante que representam na criminalidade global.

proporcionalidade com a finalidade da mesma. No emprego de meios excepcionais é necessária a observância de cautelas excepcionais que, em todo o caso, permitam a predominância do valor de maior relevância comparativamente com o objetivo a ser alcançado.

Nesta perspectiva consideramos que a resposta à prática de factos ilícitos típicos, em situações de coautoria, pelo agente encoberto deve ser positiva, respeitados os requisitos da adequação e finalidade, sendo-lhe exigível que não induza os seus coautores à prática do crime. Sucintamente podemos afirmar que o agente encoberto está impedido de adotar uma conduta de **impulso** ou **instigação** dessa atividade, sob pena de se transformar em agente provocador.

Por último coloca-se a questão de saber se o agente encoberto pode atuar como cúmplice prestando **auxílio material** ou **moral** à prática por outrem de um facto doloso. A cumplicidade consiste no auxílio material ou moral à prática de um facto doloso. O auxílio material pode consistir na entrega de meios ou instrumentos ao autor que favoreçam a realização do facto ao mesmo. O auxílio moral pode consistir no conselho ou influência do agente, desde que já esteja previamente decidido à prática do facto. Trata-se, portanto, de um **mero fortalecimento** de uma decisão já tomada pelo autor de cometimento do facto⁴⁰³.

O cúmplice ou participante não é autor, não comete por qualquer forma o delito, não pratica a ação típica. O contributo que o comportamento do cúmplice oferece para a realização pelo autor de um facto ilícito-típico, reside, numa fórmula mais curta, na participação no ilícito-típico do autor⁴⁰⁴.

Na cumplicidade o agente encoberto não é autor, não pratica a ação típica, o seu comportamento é direcionado para o auxílio material ou moral, em regra, prestado durante a fase de preparação do facto principal, ou seja, sempre antes da completa realização do facto pelo autor.

Por maioria das razões, encontrando-se justificada a atuação do agente encoberto nos termos sobreditos, temos de considerar que nas situações de cumplicidade – porque o agente não realiza qualquer facto ilícito típico apenas presta auxílio material ou moral ao facto principal em preparação – o agente encoberto deve considerar-se isento de responsabilidade.

⁴⁰³ Paulo Pinto Albuquerque, Comentário do Código Penal, p.127.

⁴⁰⁴ Figueiredo Dias, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I p. 826.

10. PROCEDIMENTO CRIMINAL E RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE ENCOBERTO

A Lei 101/2001, de 25 de agosto, no n.º 2, do art. 6º, prevê a instauração de **procedimento criminal** ao agente encoberto, ou terceiro, por ato ou atos praticados ao abrigo do disposto na presente lei. Decorre desta previsão que nas situações de provocação de factos ilícitos típicos, a autoridade judiciária competente deve, logo que tenha conhecimento de tal facto, requerer informação à autoridade judiciária que emitiu a autorização para a realização da ação encoberta⁴⁰⁵.

O Ministério Público adquire a notícia do crime por conhecimento próprio, por intermédio dos órgãos de polícia criminal ou mediante denúncia⁴⁰⁶. Nestas situações, com as restrições constantes do art. 49º a 52º do CPP, o MP enquanto órgão autónomo da administração da justiça tem como atividade a descoberta da verdade e a realização do direito, colaborando com o tribunal para a realização desses fins.

No exercício da ação penal, que lhe está acometida, justifica-se que o órgão detentor da prossecução penal deva requerer informação à autoridade judiciária que emitiu a autorização que permitiu desenvolver a ação encoberta, em princípio, para apurar as circunstâncias em que esta se iniciou, desenvolveu e encerrou. A informação prestada será, certamente, imprescindível para o apuramento de eventual matéria relevante para apreciação, investigação e decisão do inquérito.

O impulso processual pelo MP decorre do **princípio da oficialidade** ao dispor que a notícia do crime e a decisão de submeter o facto criminoso a julgamento cabe a uma entidade oficial, MP, nos termos do art. 219º da CRP, e artigos 48º, 262º, nº 2 do CPP. Existem contudo algumas restrições ao dever de investigar toda a notícia do crime, designadamente quando estamos perante crimes semipúblicos, crimes particulares, crimes públicos em que é admissível a ação popular e as denúncias anónimas sem indícios.

O monopólio dos poderes do MP para a abertura do processo – princípio da oficialidade – possuiu correlação direta com o **princípio da legalidade**. Este princípio impõe que o MP deverá proceder sempre que se verifiquem os pressupostos jurídico-factuais da incriminação e processuais da ação penal, cfr. art.s 262º, nº 2 e 283º do CPP.

⁴⁰⁵ A autoridade judiciária competente para autorização da ação encoberta difere no caso de decorrer no âmbito do inquérito ou da prevenção criminal, já que, no primeiro caso para a autorização é competente o MP, mas no segundo caso a autorização é da responsabilidade o juiz de instrução criminal.

⁴⁰⁶ Art. 241º do CPP Aquisição da notícia do crime.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

O regime jurídico das ações encobertas prevê a isenção de responsabilidade penal do agente encoberto por atos preparatórios ou de execução de uma infração em qualquer forma de participação diversa da instigação e da autoria mediata, sempre que guarde a devida proporcionalidade com a finalidade da ação encoberta.

A punição do agente encoberto no âmbito da instigação ou autoria mediata insere-se na responsabilização criminal da figura do agente provocador.

O agente provocador precipita, induz ao crime, consegue criar em outra pessoa a decisão firme de querer praticar um crime. A determinação de outrem à prática do crime tem de revelar elementos concretos dessa prática, não podendo deter-se pela generalidade e abstração da conduta. A sua verificação concreta tem de referir-se a atos criminosos determinados e não de forma abstrata como, por exemplo, quando se desafia alguém a iniciar ou a prosseguir uma carreira criminosa.

Ao atuar no contexto da instigação o agente provocador viola de forma grosseira os valores ético-jurídicos que deve proteger e para os quais está legalmente mandatado. O desrespeito absoluto pela ordem jurídica, plasmado na atitude de desvalor e indiferença pelo bem jurídico, retira à sua intervenção e ao próprio Estado, a capacidade legal, e até moral, de atuar pois não é concebível que com uma mão se favorece o crime que se quer punir com a outra⁴⁰⁷.

Por **agente provocador** deve considerar-se aquele que atua no sentido de determinar alguém à prática do facto, com o propósito que este alcance apenas o estágio da tentativa, para, logo aí o deter, ou evitar, deste modo, que a consumação venha a ocorrer⁴⁰⁸. Neste particular é necessário levar em linha de conta que a grande maioria dos crimes que integram o art. 2º da lei das ações encobertas correspondem a crimes de perigo (concreto ou abstrato) que, pela construção do tipo de ilícito, diferem na forma como o bem jurídico é posto em causa. Assim, nos crimes de **perigo concreto**, o perigo faz parte do tipo, isto é, o tipo só é preenchido quando o bem jurídico tenha efetivamente sido posto em perigo, v.g. art. 272º⁴⁰⁹

⁴⁰⁷Costa Andrade, Sobre as proibições da prova em Processo Penal, p.221.

⁴⁰⁸Figueiredo Dias, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I p. 812

⁴⁰⁹Artigo 272.º

Incêndios, explosões e outras condutas especialmente perigosas

1 - Quem:

a) Provocar incêndio de relevo, nomeadamente pondo fogo a edifício, construção ou meio de transporte;
b) Provocar explosão por qualquer forma, nomeadamente mediante utilização de explosivos;
c) Libertar gases tóxicos ou asfixiantes;
d) Emitir radiações ou libertar substâncias radioativas;

(incêndios, explosões). Nos crime de **perigo abstrato** o perigo não é elemento do tipo, mas simplesmente motivo da proibição, ou seja, neste tipo de crime são tipificados certos comportamentos em nome da sua perigosidade típica para um bem jurídico, mas sem que ela necessite de ser comprovada no caso concreto: há como que uma **presunção inelidível** de perigo e, por isso, a conduta do agente é punida independentemente de ter criado ou não um perigo efetivo para o bem jurídico, v.g. contrafação de moeda (art. 262º)⁴¹⁰ detenção de arma proibida ou tráfico de estupefacientes.

A antecipação da tutela penal para o momento da criação de um perigo para o bem jurídico, quer nos casos em que esse perigo é concreto – o tipo legal exige que o bem ou bens jurídicos tutelados tenham sido, efetivamente, postos em perigo -, quer nos casos em que o perigo é abstrato - o perigo não é elemento do tipo legal e, portanto, não tem de se fazer prova de que a conduta descrita no tipo colocou em perigo o bem jurídico⁴¹¹ - veio acrescentar no plano jurídico-normativo novas questões com elevada complexidade.

Este tipo de crimes foi criado para subsumir certos comportamentos que pela sua perigosidade típica colocavam em causa determinado bem jurídico, mas sem que ele necessitasse de ser comprovado no caso em concreto. O comportamento verificado tem como que inclusa uma presunção inelidível de perigo e, como tal, a conduta verificada tem de ser punida independentemente de ter criado ou não um perigo efetivo para o bem jurídico⁴¹².

A intervenção do agente provocador no âmbito dos crimes de resultado ou de perigo tem levado a doutrina a apresentar várias propostas de solução do problema.

Assim para alguns autores, *“o agente provocador caracteriza-se pela sua estrutura contraditória pois que persegue um fim contrário ao que aparenta e, por isso, provoca a*

e) Provocar inundação, desprendimento de avalanche, massa de terra ou de pedras; ou

f) Provocar desmoronamento ou desabamento de construção;

e criar deste modo perigo para a vida ou para a integridade física de outrem, ou para bens patrimoniais alheios de valor elevado, é punido com pena de prisão de três a dez anos.

2 - Se o perigo referido no número anterior for criado por negligência, o agente é punido com pena de prisão de um a oito anos.

3 - Se a conduta referida no n.º 1 for praticada por negligência, o agente é punido com pena de prisão até cinco anos.

⁴¹⁰Artigo 262.º

Contrafação de moeda

1 - Quem praticar contrafação de moeda, com intenção de a pôr em circulação como legítima, é punido com pena de prisão de três a doze anos.

2 - Quem, com a intenção de a pôr em circulação, falsificar ou alterar o valor facial de moeda legítima para valor superior é punido com pena de prisão de dois a oito anos.

⁴¹¹ Taipa de Carvalho, Direito Penal, Parte Geral, p. 297

⁴¹² Figueiredo Dias, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I p. 309

*comissão de um facto como meio necessário para conseguir a reacção no sentido desejado: quando incita outrem a cometer um crime não o faz com o fim de lesar ou pôr em perigo o bem jurídico, mas com o propósito de o provocado ser merecedor de uma pena. Nestes termos o agente provocador deve ficar impune*⁴¹³.

Esta doutrina é alvo de várias críticas, entre as quais a de Jescheck, que rejeita a tese da impunidade do investigador quando só pretende que se chegue à tentativa do facto principal. Em sua opinião: “nem sequer é correta do ponto de vista da teoria da causalidade, se o “agent provocateur”, através do autor, põe em perigo o **objeto da ação** e se conforma igualmente com a possibilidade da lesão do bem jurídico protegido”⁴¹⁴.

Para Alves Meireis, “*agente provocador é aquele que, sendo cidadão particular ou entidade policial, convence outrem à prática de um crime não querendo o crime a se, e, sim, pretendendo submeter esse outrem a um processo penal e, em último caso, a uma pena*”⁴¹⁵.

Relativamente à punibilidade do agente provocador, como instigador que é, segue, para a sua punibilidade, as regras da punibilidade da instigação ditadas pela acessoriedade limitada; por isso o agente provocador será, em regra, punido⁴¹⁶.

Na perspetiva de Susana Aires de Sousa a questão da responsabilidade penal do agente provocador é abordada de acordo com as três principais teorias sobre a matéria:

Teoria clássica: instigador é aquele que determina outrem à prática do facto; a sua conduta **não seria punida** devido à falta de duplo dolo exigido na instigação, uma vez que o agente, embora tendo dolo de determinar, convencer, de criar a intenção criminal, **não tem dolo de consumação do crime**. A falta deste segundo elemento obsta à instigação dolosa, mesmo que o provocado venha a realizar o crime. Para alguns autores trata-se de uma tentativa de instigação, não punível, entendendo outros que este seria um caso de instigação à tentativa, ato atípico e, como tal, não punível. Esta corrente foi dominante e praticamente consensual na Alemanha até à década de 70. Em Portugal esta opinião parece ter sido a adotada por Eduardo Correia e Faria da Costa⁴¹⁷.

⁴¹³ Isabel Oneto, op. cit. , p.33, nota 59 opinião partilhada por Luis Felipe Ruiz Anton, El Agente Provocador.

⁴¹⁴ Isabel Oneto, op. cit. , p.33, nota 60 opinião partilhada por Hans-Heinrich Jescheck.

⁴¹⁵ Alves Meireis, op. cit. p. 155.

⁴¹⁶ Alves Meireis, op. cit. p. 157.

⁴¹⁷ Liber Discipulorum para Jorge Figueiredo Dias, *Agent Provocateur* e meios enganosos de prova. Algumas reflexões, p. 1227.

Teoria da tentativa impossível: a atuação do agente provocador pode ser inserida no âmbito das medidas cautelares. A intenção do provocado nunca passará de uma **tentativa inidónea**, pois o **resultado jamais será realizado**. Para esta questão a resposta passaria sempre pela forma como os diversos ordenamentos preveem e punem os casos de tentativa inidónea ou impossível.

Nestes casos a atividade provocatória dirige-se ao incitamento de um crime putativo por haver uma **absoluta impossibilidade de consumação**, devido à predisposição das autoridades competentes que vão impedir a sua consumação⁴¹⁸.

Teorias da exclusão da ilicitude: apesar da atividade provocatória integrar os elementos do tipo a atuação **não será ilícita devido à exclusão de ilicitude**, invocando-se o direito de necessidade ou o consentimento do titular do bem jurídico, considerando como bem autónomo a defesa dos bens da coletividade⁴¹⁹.

A questão do agente provocador, como já foi mencionado no presente trabalho, surgiu nos USA, no decurso do séc. XX, como corrente jurisprudencial com significativo desenvolvimento a partir de meados daquele século. A sua criação pelo Supremo Tribunal visava primordialmente proteger os cidadãos inocentes que pudessem ser provocados por agentes do governo para cometer crimes.

A doutrina atual do *entrapment defense* encontra-se representada em dois modelos: o **subjetivo** e o **objetivo**. Aquele está fortemente focado no estado de espírito, vontade ou predisposição para o **provocado** cometer o crime⁴²⁰. Este está especialmente focado no comportamento dos **agentes do governo**, o seu objetivo é desencorajar as más condutas policiais, mas não se concentrar na atividade policial.

A distinção principal entre a doutrina continental e a jurisprudência norte-americana concentra-se no facto de na continental o **agente provocador** desempenhar o papel principal, enquanto na norte -americana acontece uma inversão do papel principal que passa a caber ao **provocado** devido à agressão que sofre aos seus direitos fundamentais.

⁴¹⁸ Liber Discipulorum para Jorge Figueiredo Dias, *Agent Provocateur* e meios enganosos de prova. Algumas reflexões, p. 1227.

⁴¹⁹ Liber Discipulorum para Jorge Figueiredo Dias, *Agent Provocateur* e meios enganosos de prova. Algumas reflexões, p. 1228.

No direito penal anglo-saxónico, a responsabilidade criminal supõe, por um lado, a causação de um mal proibido – o *actus reus* – numa conduta ofensiva; por outro, um especial estado de espírito relativamente à causação desse mal – *mens rea* ou “guilty mind”. É necessário não só comprovar o próprio ato, como estado de espírito, mas também as circunstâncias do facto.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

O fundamento desta opção está diretamente relacionada com a natureza das instituições e os seus processos no relacionamento com o cidadão, no âmbito da investigação criminal, às quais é exigível um comportamento que preserve a dignidade e impede intromissões no núcleo privado dos cidadãos.

No caso português, o n.º 1, do art. 6, - Isenção de responsabilidade - excluiu da isenção de responsabilidade a instigação e a autoria mediata.

Como já sobredito, a questão da punição do agente provocador, participando no crime como instigador ou autor mediato, coloca questões pertinentes reveladas pela jurisprudência, doutrina e teoria jurídica.

A atitude do legislador nacional deve entender-se através de uma postura rigorosa pela responsabilidade do agente provocador. Não evidencia qualquer limitação ao fim pretendido pelo agente provocador, sendo ele punível mesmo que o crime não se venha a consumir em razão das especiais medidas por ele adotadas durante o *iter criminis*. Mesmo que o crime instigado restasse no estágio da tentativa, esta, por si só, já conduziria à punição do agente provocador. Por maioria das razões a punibilidade estará sempre presente quando o agente provocador pretende a consumação do crime.

Não é possível aceitar que o fim a que se propõe o agente provocador permita justificar um comportamento que possa colocar em perigo ou lesar o bem jurídico. Apesar das reservas mentais, que o agente provocador possa manter, em nada altera o facto de que efetivamente realizou consciente e deliberadamente os atos necessários para a determinação criminosa do provocado.

Consideramos que **o agente provocador ao determinar outrem com dolo à prática do crime fica, também ele, vinculado ao dolo relativamente à realização do crime**. Nestes termos o agente provocador também tem interesse na consumação do crime, levado a cabo, embora realizado por autor imediato distinto da sua pessoa.

Coloca-se frequentemente a questão da necessidade de se considerar a possibilidade de o instigador possuir um duplo dolo. Como refere Figueiredo Dias, pretende-se desta forma dar a entender que “*o dolo do instigador deve por um lado referir-se à determinação do instigado, por outro ao facto por este cometido, ao menos em início de execução*”. E concluiu referindo que quanto “*a este segundo aspeto do dolo, pertence à instigação a determinação*

*de outrem a um concreto facto punível. Por isso ao dolo do instigador pertence também a representação dos concretos elementos e circunstâncias do ilícito-típico respetivo*⁴²¹.

No âmbito da autoria mediata a situação parece não se revelar tão controvertida devido à construção jurídica da própria figura. Na realidade, o art. 26º considera punível como autor “ quem executar o facto (...) por intermédio de outrem” que significa que a “execução por intermédio de outrem é ainda execução por outrem, execução indireta...ou simplesmente autor mediato”⁴²².

A autoria mediata caracteriza-se pela existência de um homem-da-reta-guarda e um homem-da-frente, executor ou “instrumento”.

Assim, segundo Roxin, isto acontece naquelas situações em que o homem-de-trás possuiu sobre o homem-da-frente o domínio da vontade, o que paradigmaticamente sucederá em duas situações: quando o homem-de-trás coage o homem-da-frente à prática da ação (domínio da vontade por coação) ou quando o engana e o torna assim em executor involuntário do seu plano delituoso (domínio da vontade por erro)⁴²³.

Nestes termos o domínio da vontade confere ao homem-de-trás, o domínio do facto de todo ao acontecimento e da sua vontade responsável o que implica necessariamente a sua responsabilização penal e, em princípio, a exclusão da responsabilidade do homem-da-frente.

Neste ponto devemos concluir, que **se a ação do agente provocador é idónea à prática do crime e este é tentado ou consumado, o agente provocador responde penalmente**. A conduta do funcionário de investigação criminal ou terceiro, ao atuar como agente encoberto, apenas permite a sua intervenção em relação a uma atividade criminosa em curso, já que não é tolerada uma conduta de impulso ou instigação dessa atividade.

11. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO AGENTE ENCOBERTO E DA ADMINISTRAÇÃO

Fixados os termos em que deve ser excluída a responsabilidade penal do agente encoberto, importa saber se a exclusão da ilicitude é extensiva à globalidade da ordem jurídica, aliás, como está consagrado no art.31º, n.º 1, do CP – *o facto não é punível quando a sua ilicitude for excluída pela ordem jurídica considerada na sua totalidade* -.

⁴²¹ Figueiredo Dias, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I p. 810-1.

⁴²² Germano Marques da Silva, Direito Penal Português, Parte Geral II, Teoria do Crime

⁴²³ Figueiredo Dias, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I p. 776.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

Impõe-se determinar, em síntese, se a exclusão do ilícito penal implica sempre uma aprovação jurídica do comportamento face à ordem jurídica, ou se se trata apenas de uma renúncia à reprovação jurídico-penal, mantendo-se a ilicitude face aos restantes ramos do direito que a valorem como tal.

A opinião esclarecida de Eduardo Correia pugnava por uma específica ilicitude penal, fundada nas suas consequências, considerando que “ *o direito criminal ao regular os requisitos da legítima defesa os alargue de forma a ficar excluída a ilicitude do facto relevante para o direito criminal – e, todavia, o mesmo facto se não deva ter por justificado civilmente e seja, pois, passível de sanções de tipo civil.*”⁴²⁴.

Em sentido idêntico se pronunciava Cavaleiro Ferreira para quem “ *a unidade da ordem jurídica não permite que um facto seja lícito e ilícito*” o que, apesar de tudo, “*não obsta a que um facto não incriminado seja ilícito civil, fiscal ou disciplinar*”; sucede que em razão das causas de justificação, “*um facto pode constituir um facto lícito, o exercício de um direito ou cumprimento de um dever, ou pode simplesmente ser penalmente irrelevante, isto é, dirimir a sua criminalidade, e a sua natureza de ilícito penal, mantendo a sua qualificação como facto ilícito civil ou administrativo*”⁴²⁵.

O mesmo pensamento comunga Figueiredo Dias que defende a existência de uma ilicitude especificamente penal, não havendo – ao menos teoricamente, na nossa perspetiva – nada contra a conseqüente possibilidade de o facto ser penalmente justificado e, no entanto, enquanto lesão de direitos ou interesses jurídico-civis, subsistir como ilícito civil ou poder dar lugar a uma qualquer forma de responsabilidade no âmbito do direito privado⁴²⁶.

No n.º1, do art. 31º, do CP, consagra-se o princípio de que o ordenamento jurídico deve ser encarado no seu conjunto, de modo que as normas de outros ramos que estabelecem a licitude de uma conduta têm reflexo no direito criminal. Resulta daqui que o direito criminal, dado o carácter extremamente gravoso das suas reações, é a *última ratio* da política criminal, pelo que nunca uma conduta poderá ser ilícita perante ele quando estiver legitimada perante qualquer outro ramo de direito.

Em face do que acaba de ser exposto, um determinado comportamento que constitua ilícito civil, administrativo, fiscal ou qualquer outro pode não constituir um ilícito de natureza

⁴²⁴ Eduardo Correia, Direito Criminal, Volume II, p. 6 e 7.

⁴²⁵ Cavaleiro Ferreira, Lições de Direito Penal, p. 168-169.

⁴²⁶ Figueiredo Dias, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I p. 436.

criminal, mas um comportamento que constitua ilícito criminal nunca pode ser comportamento permitido por qualquer outro ramo de direito⁴²⁷.

As opiniões doutrinárias convergem na possibilidade de que uma conduta ocorrida ao abrigo de um tipo justificador não significa que se possa excluir a responsabilidade civil por facto ilícito. Este é o caso das intervenções do agente encoberto que ao atuar ao abrigo de uma causa de exclusão da responsabilidade penal pode, contudo, incorrer em responsabilidade civil por facto ilícito.

A Lei 67/2007⁴²⁸, de 31 de dezembro, veio consagrar no art. 7º e 8º o novo regime da responsabilidade civil do Estado: *o Estado e as demais pessoas coletivas de direito público são exclusivamente responsáveis pelos danos que resultem de ações ou omissões ilícitas, cometidas com culpa leve (art. 7º, n.º1); os titulares de órgãos, funcionários e agentes respondem com dolo ou culpa grave, funcionando, neste caso, a responsabilidade solidária da pessoa coletiva pública, embora com a possibilidade de esta exercer o direito de regresso (cfr. artigos 7º, n.º 1 e 8º).*

Verificam-se assim duas importantes novidades: deixa de existir uma responsabilidade exclusiva do servidor público que o antigo art. 3º, n.º 1, do DL 4805 tornava aplicável relativamente aos atos que excedessem os limites das funções; a Administração é sempre responsável no plano das relações externas, ou por responsabilidade própria e exclusiva ou em forma de responsabilidade solidária, tornando-se obrigatório, neste caso, o exercício do direito de regresso.

A nova legislação consagrou um regime de **responsabilidade pessoal direta** dos titulares de órgão, funcionários e agentes administrativos como se extrai do art.1º, n.º 3. Estes apenas respondem por danos resultantes de **atos funcionais**, isto é, por atos praticados no exercício das suas funções e por causa desse exercício (segundo o princípio exposto no art. 271º, n.º 1 da CRP⁴²⁹, ficando sujeitos a uma **responsabilidade pessoal de direito privado** –

⁴²⁷ Maia Gonçalves, Código Penal Português, p. 154.

⁴²⁸Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas

⁴²⁹Artigo 271.º (**Responsabilidade dos funcionários e agentes**)

1. Os funcionários e agentes do Estado e das demais entidades públicas são responsáveis civil, criminal e disciplinarmente pelas ações ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício de que resulte violação dos direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos, não dependendo a ação ou procedimento, em qualquer fase, de autorização hierárquica.

que neste caso implica a remissão do litígio para o tribunal comum – quando os atos respeitem à sua vida privada, ainda que ocasionalmente tenham sido praticados no local de trabalho ou durante o horário de serviço.

A imputação de violação de direitos ou interesses legalmente protegidos que aqui está em causa tem como pressuposto a existência de um **nexo funcional** entre as ações e omissões lesivas e o exercício das funções administrativas.

Além do desvalor da ação ou da conduta, a responsabilidade pressupõe também o **desvalor do resultado**, pois ela só se justifica – no âmbito da responsabilidade civil pública – quando as ações e omissões impliquem a violação dos direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos (n.º1). Parece, assim, afastar-se a responsabilidade assente no simples dado objetivo da ilegalidade dos atos ou comportamentos dos agentes administrativos (cfr. art. 7º, da Lei 67/2007). Exige-se também a ilicitude do resultado traduzidos na violação de direitos ou de interesses protegidos dos cidadãos. Tem de haver um resultado lesivo na esfera jurídica do cidadão, pois, neste contexto, o que está em causa é proteger as suas posições jurídicas individualizadas perante atos ou condutas lesivas de funcionários ou agentes da administração⁴³⁰.

A nova legislação operou a necessária adaptação, no plano do direito ordinário, ao princípio da responsabilidade solidária da Administração que decorre do art. 22º da CRP, fazendo intervir a pessoa coletiva pública como responsável solidário, em caso de **dolo ou culpa grave**. Introduziu ainda soluções legislativas inovatórias como seja a obrigatoriedade do direito de regresso quando a administração responda solidariamente por danos resultantes de ações ou omissões praticadas por titulares de órgãos, funcionários e agentes com dolo ou culpa grave.

Nestes termos, verifica-se que o facto da conduta do agente infiltrado ocorrer a coberto de um tipo justificador ou casa de exclusão penal, tal não significa que se possa excluir a sua **responsabilidade civil por facto ilícito** e que, neste caso, a Administração responda solidariamente pelos danos resultantes das ações ou omissões praticadas, por este, com dolo ou culpa grave.

⁴³⁰Gomes Canotilho e Vital Moreira, CRP anotada Volume II, p. 854.

SÍNTESE INTERCALAR

O legislador nacional optou claramente por aderir à responsabilização do agente encoberto quando a sua intervenção ocorra na qualidade de instigador ou autor mediato. Estas duas formas de autoria integram a figura do agente provocador que, para todos os efeitos, é considerada inaceitável enquanto método de investigação, numa sociedade de conceção democrática onde a dimensão intrínseca e autónoma da dignidade da pessoa humana legitima a imposição de deveres especiais e permite a responsabilização penal do agente que assim atua.

O art. 6º (Isenção de responsabilidade) integra duas normas com conteúdos e funções distintas. O nº 1 regula a atuação do agente encoberto em termos substantivos e o nº 2 regula o formalismo processual e judicial inerente à prossecução criminal. A estrutura revelada assume significado prático normativo ao apresentar no primeiro número o comportamento justificador e no segundo o comportamento incriminador.

O comportamento justificado ou reprovado pela ordem jurídica possuiu conexão direta com os limites da intervenção que obrigatoriamente reconduzem a dois princípios fundamentais na obtenção de prova e meios utilizados: adequação e proporcionalidade. Os meios de obtenção da prova, do género das ações encobertas, devido à potencial lesividade na esfera privada ou íntima dos visados, obedecem a diversos e severos requisitos impostos pelo legislador para a sua concessão. O entendimento prevalecente nesta matéria é de que a utilização tem de fazer-se sem ultrapassar os limites do consentido pela ideia do Estado de direito e preservação da dignidade da pessoa humana.

A lei das ações encobertas admite a prática de atos preparatórios e de execução no decurso da intervenção. Os atos preparatórios não são puníveis, salvo disposição em contrário, isto é, os atos preparatórios só são puníveis, não como crimes autónomos, mas como atos preparatórios enquanto tais (v.g. art. 271º e 275º). Atos de execução correspondem a uma “decisão” expressa externamente em atos que não constituam meros atos preparatórios, mas se apresentem já como atos de execução.

A isenção de responsabilidade do agente encoberto só está justificada quando a forma de participação seja diversa da instigação e autoria mediata. Os tipos justificadores são estruturalmente, por sua natureza, gerais e abstratos, no sentido que não são em princípio referidos a um bem jurídico determinado, antes valem para uma generalidade de situações

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

independentes da concreta conformação do tipo incriminador em análise. Os tipos justificadores operam com os elementos objetivos e subjectivos, permitindo a apreciação do desvalor do resultado e da ação durante a intervenção do agente encoberto.

As causas de justificação operam em situações conflituais em que surgem interesses contrapostos e apresentam-se na forma de causas de exclusão da ilicitude (causas de justificação) e causas de desculpação (causas de exclusão da culpa). Na primeira o juízo de ilicite ou de justificação tem por objeto o facto humano enquanto na segunda o juízo de culpa ou desculpação tem por objeto o próprio agente do facto ilícito.

A justificação para a conduta do agente infiltrado é consequência direta do direito de intervenção, que assiste às entidades oficiais, no decurso das quais o agente recorre ao exercício de um direito - art. 31º, n.º 2 al. b) - e/ou no cumprimento de um dever - art. 31º, n.º 2 al. c) - sempre protegido por uma causa justificadora (exclusão da ilicitude), negando a possibilidade da exclusão da culpa.

A prática de factos ilícitos justificados pelo agente encoberto só é legalmente aceitável em situações de autoria e coautoria, respeitado o requisito da adequação e finalidade, sendo exigível que não seja ele, de algum modo, a induzir os seus coautores à prática do crime. Assim, o agente encoberto está impedido de adotar uma conduta de impulso ou instigação dessa atividade, sob pena de se transformar em agente provocador. Pelos mesmos motivos, temos de considerar que nas situações de cumplicidade – porque o agente não realiza qualquer facto ilícito típico apenas presta auxílio material ou moral ao facto principal em preparação – o agente encoberto deve considerar-se isento de responsabilidade.

A responsabilidade penal do agente encoberto ocorre quando precipita, induz ao crime, consegue criar em outra pessoa a decisão firme de querer praticar um crime, subsumindo-se na figura do agente provocador. Na legislação nacional a figura do agente provocador é proibida e conduz à sua responsabilização penal. Esta assunção plena no direito nacional não é partilhada por outras teorias que percorrem um caminho diferente nesta área. No fundamental estas teorias defendem a impossibilidade da punição do agente provocador porque não tem dolo de consumação do crime (teoria clássica); incitamento a um crime putativo por haver absoluta impossibilidade de consumação devido ao controlo das autoridades que impedem a consumação (teoria da tentativa impossível); invocação do direito de necessidade ou consentimento do titular do bem jurídico o que excluía a ilicitude (teoria da exclusão da ilicitude).

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

A responsabilidade civil do agente encoberto e da administração está diretamente relacionada com a Lei 67/2007, de 31 de dezembro. A lei actual se considerar a violação de direitos ou interesses legalmente estabelecidos, através de um nexó funcional no exercício das funções administrativas, pode admitir que a conduta do agente encoberto, justificada a coberto de uma causa de justificação penal, implique responsabilidade civil por facto ilícito por dano resultantes das ações ou omissões praticadas, pelo funcionário, com dolo ou culpa grave.

SÍNTESE FINAL

1. O agente encoberto ou infiltrado revelou-se em França, no século XIX, e foi adotado pela polícia Europeia e Anglo-saxónico como método privilegiado para a investigação e controlo da criminalidade prevalecente na época.

2. O movimento das ideias de cariz liberal e democrático ocorrido, no séc.XVIII e XIX, na Europa e continente Americano mudaram radicalmente a vida em sociedade, transformada, então, num espaço para a liberdade de crítica e para a alteração gradual de leis e costumes através do juízo racional. As liberdades então adquiridas repercutiram-se nos textos constitucionais e legislativos que passaram a revelar direitos e liberdades do homem e do cidadão face ao Estado, consolidados em dois pressupostos fundamentais: primeiro está a pessoa humana e depois a organização política; a pessoa humana e a dignidade que transporta passou a ter um valor próprio e dimensão normativa específicos.

3. A origem e caracterização do agente encoberto foi frequentemente motivo de indefinição e gerou analogia com figuras afins: informador, colaborador e arrependido. A legislação nacional apenas consagra a possibilidade de dispensa ou atenuação da pena para o colaborador, entenda-se arguido, se auxiliar na recolha de provas decisivas, identificação ou captura de outros responsáveis. Apesar de não previstas na lei ou reguladas, as outras duas figuras são frequentemente utilizadas pelas polícias. No caso concreto do arrependido os Tribunais portugueses, no julgamento das FP's 25, recorreram à sua utilização a coberto da figura do colaborador.

4. A nova lei das ações encobertas foi fundamental para a fixação dos limites do permitido pelo Estado de direito democrático numa área tão sensível como a dos meios de obtenção de prova com utilização de “métodos ocultos”. O regime jurídico aprovado plasmou inequivocamente o conceito de infiltrado e provocador e as consequências legais que direta e indiretamente a sua intervenção pode provocar. A sociedade aberta e de risco como aquela em que vivemos revelou e reconheceu incapacidade e ineficácia para combater a criminalidade organizada e sofisticada emergente. Os meios de investigação clássicos existentes revelaram-se insuficientes para atingir o núcleo central das organizações e chefias, reconhecendo-se imprescindível o recurso a novos meios ou “métodos ocultos” nos quais se increve o agente encoberto.

5. O recurso ao agente encoberto disseminou-se no espaço Europeu na segunda metade do século XX com as investigações ao tráfico de estupefacientes. Diversos países Europeus começaram por adotar a figura do “*undercover*”, à imagem das intervenções da DEA,⁴³¹ em solo Europeu onde prevalece uma matriz e um quadro referencial axiológico distinto, dos USA, devido aos princípios estruturantes dos respetivos sistemas jurídicos.

Na dogmática da figura do agente encoberto, uma das áreas mais fecundas para discussão é a caracterização substantiva e adjetiva do agente provocador no sistema Europeu e Anglo-saxónico. Se no primeiro a característica fundamental identifica como núcleo essencial da questão o provocador, inversamente no último sistema o essencial do problema é dirigido para o provocado.

6. A doutrina e jurisprudência nacional e internacional foram chamadas a pronunciar-se e decidir sobre questões de carácter formal-procedimental e de natureza material substantiva durante o percurso do agente infiltrado e/ou provocador.

As orientações seguidas pela doutrina e tribunais superiores nacionais vão no sentido de que: ao encoberto é absolutamente proibido induzir ou instigar o visado à prática do crime; a ação encoberta depende de autorização e controlo permanente da autoridade judiciária competente; a utilização da ação encoberta é exclusiva para a criminalidade organizada.

Na matriz europeia prevalece na apreciação jurídica as questões de âmbito material adjetivo e substantivo relativamente ao provocador, a exemplo do sucedido em Portugal.

Na matriz anglo-saxónica o elemento crucial é o provocado preponderando as questões subjetivas e objetivas: nas primeiras o problema da provocação “*entrapment*” relacionada com a predisposição para cometer o crime; nas segundas o risco para as instituições decorrente da conduta adotada pelo agente (práticas policiais excessivas) e a opção de não responsabilização penal do aprovocador.

7. A Lei 101/2001, de 25 de agosto, foi justificada pela necessidade de maior eficácia no combate à criminalidade organizada que compatibilizasse a prevenção do crime com a recolha da prova e efetiva condenação dos criminosos.

O novo regime jurídico resulta também de necessidade se fazer cumprir os compromissos internacionais assumidos pelo Estado Português perante a comunidade jurídica internacional e em particular com os Estados-membro da União Europeia.

⁴³¹ Drug Enforcement Agency – Agência norte americana competente para a investigação nacional e internacional do tráfico de droga.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

As disposições acolhidas na ordem interna, no âmbito da cooperação judiciária internacional, passaram a prever entregas controladas ou vigiadas (utilizadas essencialmente na investigação de tráfico de estupefacientes), interceções de comunicações (nos casos em que a interceção seria admissível, nos termos da lei de processo penal, em caso nacional semelhante) e ações encobertas (realizadas por funcionários de investigação criminal de outros Estados).

8. As alterações legislativas só foram possíveis devido às sucessivas revisões constitucionais (LC n.º 1/82, LC n.º 1/89, LC n.º1/2004) que viabilizaram a cláusula de partilha de poderes necessários à edificação da União Europeia.

As ações encobertas configuram um sacrifício de direitos fundamentais e como tal só são válidas e possíveis na medida em que gozam de expressa e específica consagração legal. A sua aprovação e utilização só foi possível depois de garantidos os valores superiores consagrados na Constituição, nomeadamente assegurada a preservação do núcleo de direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana.

Obtidos os requisitos constitucionais foram introduzidos na nova lei um conjunto combinado de variáveis, umas de carácter material-substantivo, outras de índole material-procedimental: fins de prevenção e investigação criminal, catálogo de crimes, grau de suspeita, adequação e proporcionalidade, autorização/ordenação por entidade judiciária, proteção dos envolvidos e isenção de responsabilidade.

9. O legislador nacional optou claramente por definir e distinguir a figura do agente encoberto do agente provocador. Este constitui-se quando a sua intervenção ocorre na qualidade de instigador ou autor mediato do crime em causa.

Estas duas formas de autoria integram a figura do agente provocador que, para todos os efeitos, é considerada inaceitável enquanto método de investigação, numa sociedade de conceção democrática onde a dimensão intrínseca e autónoma da dignidade da pessoa humana legitima a imposição de deveres especiais e permite a responsabilização penal do agente que assim atua.

Por isso se distingue a figura do agente provocador do agente infiltrado, caracterizando-se este por o agente se insinuar junto dos agentes do crime, ocultando-lhes a sua qualidade, de modo a ganhar a sua confiança a fim de obter informações e provas contra eles, mas sem os determinar à prática de infrações.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

10. A lei das ações encobertas admite a prática de atos preparatórios e de execução no decurso da intervenção. Os primeiros não são puníveis salvo disposição em contrário e atos de execução correspondem a uma “decisão” expressa externamente em atos que não constituam meros atos preparatórios, mas se apresentem já como atos de execução.

11. A isenção de responsabilidade do agente encoberto só está justificada quando a forma de participação seja diversa da instigação e autoria mediata. As causas de justificação operam em situações conflituais em que surgem interesses contrapostos e apresentam-se sob a forma de causas de exclusão da ilicitude e causas de desculpação. Na primeira o juízo de ilicitude ou de justificação tem por objeto o facto humano enquanto na segunda o juízo de culpa ou desculpação tem por objeto o próprio agente do facto ilícito.

A justificação para a conduta do agente infiltrado é consequência direta do direito de intervenção que assiste às entidades oficiais. No decurso destas o agente encoberto recorre ao exercício de um direito (art. 31º, nº 2 al. b) e/ou no cumprimento de um dever (art. 31º, nº 2 al. c) sempre protegido por uma causa justificadora (exclusão da ilicitude), negando a possibilidade da exclusão da culpa.

A prática de factos ilícitos justificados pelo agente encoberto só é legalmente aceitável em situações de autoria e coautoria, respeitado o requisito da adequação e finalidade, sendo exigível que não seja ele, de algum modo, a induzir os seus coautores à prática do crime. Assim, o agente encoberto está impedido de adotar uma conduta de impulso ou instigação dessa atividade, sob pena de se transformar em agente provocador. Pelos mesmos motivos, temos de considerar que nas situações de cumplicidade – porque o agente não realiza qualquer facto ilícito típico apenas presta auxílio material ou moral ao facto principal em preparação – o agente encoberto deve considerar-se isento de responsabilidade.

A responsabilidade penal do agente encoberto ocorre quando precipita, induz ao crime, consegue criar em outra pessoa a decisão firme de querer praticar um crime, subsumindo-se na figura do agente provocador.

12. Concorrendo com a responsabilidade penal pode ocorrer a responsabilidade civil do agente encoberto. Assim ocorre sempre que se considerar a violação de direitos ou interesses legalmente estabelecidos através de um nexó funcional no exercício das funções administrativas, por acto jurídico ilícito ou por dano resultantes das ações ou omissões praticadas, pelo funcionário, com dolo ou culpa grave.

BIBLIOGRAFIA

- ALBANESE, Jay S.**, “*Organized Crime in Our Times*” Anderson Publishing, 6th edition, 2006, MA, USA.
- AIRES DE SOUSA, Susana**, “*Agent Provocateur e Meios Enganosos de Prova. Algumas Reflexões*”, *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003.
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de**, “*Direito Processual Penal*”, Almedina, 2005;
“*Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Comissão Europeia de Direitos Humanos*”, Univ. Católica, 2008;
- ANDRADE, Manuel da Costa** - “*Sobre a Valoração, como Meio de Prova em Processo Penal, das Gravações Produzidas por Particulares*”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia*, Boletim da Faculdade de Direito, número especial 1, Coimbra, 1984.
“*Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*”, Reimpressão, Coimbra Editora, 2006.
«*Bruscamente no verão Passado*», *A Reforma do Código Penal – Observações e Críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente*”, *RLJ*, nº3949, ano 137, março/ abril 2008.
Que Futuro Para o Direito Processual Penal, in AAVV, Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português, Coimbra Editora, 2009.
Consentimento e Acordo em Direito Penal, Coimbra Editora, 2004.
- ANDRADE VIEIRA, José Carlos**, *Os Direitos Fundamentais da Constituição Portuguesa de 1976*, 3^a Edição Edições Almedina, 2006 (Reimpressão da edição de 2004).
- ANTÓN, Luis Felipe** – “*El Agent Provocateur en el Derecho Penal*”, Madrid, 1992.
- ANTÓN, Tomás Vives** – “*El Proceso Penal de la Presunción de Inocencia*”, in *Jornadas de Processo Penal e Direitos Fundamentais*, coord. M^a Fernanda Palma, Almedina, 2004.

- ASSUNÇÃO, Maria Leonor** – *“Do Lugar Onde o Sol se Levanta, Um Olhar Sobre a Criminalidade Organizada”*, *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003.
- BECK, Ulrich**, - *Risk Society, Towards a new modernity*, SAGE Publications Ltd – London.
- BECHARA, Fábio Ramazzini** – *“Criminalidade Organizada e Procedimento Diferenciado: entre Eficiência e Garantismo”*, in *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais – Visão Luso-Brasileira*, coord. José Faria da Costa, Marco António Marques da Silva, Editora Quartier Latin do Brasil, 2006;
- BELEZA, Teresa/ ISASCA, Frederico** - *“Direito Processual Penal – Textos”*, AAFDL, LISBOA, 1992;
- BELEZA, Teresa Pizarro** – *“A Prova”*, in *Apontamentos de Direito Processual Penal*, Vol.II, Lisboa, 1993;
- BOLINA, Helena Magalhães** – *“Razão de ser, Significado e Consequências do Princípio da Presunção de Inocência (ART. 32.º, Nº2 CRP)”*, BFDUC, vol. LXX, 1994;
- BRANDÃO, Nuno** – *“Justificação e Desculpa por Obediência em Direito Penal”*, *Dissertação de Mestrado*, Univ. Coimbra, 2004.
- BRAVO, Jorge dos Reis** – *“Criminalidade Contemporânea e Discurso de Legalidade”*, *Polícia e Justiça*, nº8, série III, julho/dezembro, Coimbra Editora, 2006.
- CAETANO, Marcello**, *Manual de Direito Administrativo*, 10ª ed. Coimbra, 1991.
- CALHEIROS, Maria Clara** – *“Prova e Verdade no Processo Judicial. Aspectos Epistemológicos e Metodológicos”*, *RMP*, ano29, nº114, 2008.
- CANAS, Vitalino** – *“A Atividade de Polícia e a Proibição do Excesso: as Forças e Serviços de Segurança em Particular”*, in *Estudos de Direito e Segurança*, coord. Jorge Bacelar Gouveia, Rui Pereira, André Inácio (et.al.), Coimbra, Almedina, 2007;
- CANOTILHO, Gomes/ MOREIRA, Vital** - *“Direito Constitucional e Constituição”*, Almedina, Coimbra, 1999.
“Constituição da República Portuguesa Anotada”, vol. I e II, 4ª Edição revista, Coimbra Editora, 2007.
- CARVALHO, Américo Taipa** – *Direito Penal, Parte Geral, Questões Fundamentais, Teoria Geral do Crime*, Coimbra Editora, 2ª Edição, setembro 2011 (Reimpressão).

- CASTELLS, Manuel** – “*A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura. O Poder da Identidade.*”, Vol. II, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2003.
- CASTRILLO, Eduardo de Urbano/ MORATO, Miguel Angel Torres** – “*La Prueba Ilícita Penal: estudio jurisprudencial*”, Pamplona, Aranzadi, 1997.
- CHARPE, Sybil**– “*Cover Police Operations and the Discretionary Exclusion of Evidence*”, *Criminal Law Review*, Londres, 1994.
- CONDE, Juan Moñoz** – “*La Moderna Problemática Jurídico Penal del Agente Provocador*”, Valencia, 1995.
- COSTA, Eduardo Maia** – “*Comentário ao Acórdão do STJ de 30 de outubro de 2002 – Agente Infiltrado/Agente Provocador*”, *RMP*, ano 24.º, janeiro/março, 2003, n.º 93.
- COSTA, Faria** – “*O Branqueamento de Capitais (algumas reflexões à luz do direito penal e da política criminal)* BFDUC, vol.LXVIII,1992;
“*As Relações entre o Ministério Público e a Polícia: a Experiência Portuguesa*”, *BFDUC*, vol. LXX, 1994.
“*O Fenómeno da Globalização e o Direito Penal Económico*”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra Editora, 2001.
Noções Fundamentais de Direito Penal, Coimbra Editora, 3ª Edição, 2012;
- CORREIA, Eduardo** – “*Direito Criminal I e II*”, Reimpressão, Coimbra, 1988.
Direito Criminal, Volume I, Reimpressão, com a colaboração de Figueiredo Dias, Almedina, 2008.
- CROAL, Hazel**, “*Understanding white collar crime*” Open University Press, UK, Reimpressão, 2007.
- DAMIÃO DA CUNHA, José Manuel** – “*Dos Meios de Obtenção da Prova face à Autonomia Técnica e Tática dos Órgãos de Polícia Criminal*”, in *II Congresso de Processo Penal*, coord. Manuel Monteiro Guedes Valente (et.al.), Almedina, 2005.
- DAMMER, Harry R. e Albanese Jay. S** – *Comparative Criminal Justice Systems, United States of America*, 4ª Edição, 2011.
- DAVIN, João** – “*O Branqueamento de Capitais. Breves Notas*”, *RMP*, nº91, 2002.
- DIAS, Jorge de Figueiredo** - “*Direito Processual Penal*”, Lições coligidas por Mª João Antunes, UC, 1988-89.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

“*Sobre os Sujeitos do Novo Código de Processo Penal*”, CEJ, Coimbra, Almedina, 1997.

“*O Princípios Estruturantes do Processo e a Revisão de 1998 do Código de Processo Penal*”, in *RPCC*, nº8, ano 1998.

“*Temas Básicos da Doutrina Penal. Sobre os Fundamentos da Doutrina Penal. Sobre a Doutrina Geral do Crime.*” Coimbra Editora, 2001.

“*O Direito Penal entre a Sociedade Industrial e a Sociedade de Risco*”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares*, Coimbra Editora, 2001.

“*Criminologia: o Homem delinquente e a Sociedade criminógena*”, Coimbra Editora, reimp., 2002.

“*O Papel do Direito Penal na Proteção das Gerações Futuras*”, in *Volume Comemorativo do 75º Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 2002.

“*Algumas Reflexões sobre o Direito Penal na «Sociedade de Risco»*”, in *Problemas Fundamentais de Direito Penal, Homenagem a Claus Roxin*, Universidade Lusíada, Lisboa, 2002.

“*A Responsabilidade Jurídico-Penal do Chefe das Organizações Criminosas*”, *Homenagem a Arthur Pinto de Lemos Júnior*, Coimbra, 2003;

“*Do Princípio da «Objetividade» ao Princípio da «Lealdade» do Comportamento do Ministério Público*” (anotação ao Ac. STJ nº5/94), *RLJ*, ano 128, nº3860.

“*Comentário Conimbricense ao Código Penal, Parte Especial*”, tomo II, Coimbra.

Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais da Doutrina Geral do Crime, 2º Edição, Coimbra Editora, 2007.

EDWARDS, Carlo Enrique - “*El Arrepentido, El Agente Encubierto y La Entrega Vigilada*”, Buenos Aires, 1996.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de – “*Curso de Processo Penal*”, vol.I, 1996.

Lições de Direito Penal – Parte Geral I, Editora Verbo, Lisboa 1992.

FERREIRA, Marques – “*Meios de Prova*”, in *Jornadas de Direito Processual Penal*, CEJ, Almedina, 1995.

- FIJNAUT C. e J.C.F e G.T. Marx**, “*Undercover: Police Surveillance in Comparative Perspectives*”, The Hague: Kluwer, 1995.
- FONSECA, José Carlos** – “*Direitos, Liberdades e Garantias Individuais e os Desafios Impostos pelo Combate à Criminalidade Organizada*”, *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003.
- GARCIA, Maria Dolores Delgado**, *El Agente Encubierto: Técnicas de Investigación, Problemática e Legislación Comparada*” in *La Criminalidad Organizada ante la Justicia*, Madri p. 70-71.
- GIBBON, E.** “*The History of Decline and Fall of The Roman Empire*” Vol. 1. New York, Harper, 1831.
- GONÇALVES, Fernando/ ALVES, Manuel João/ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes** – “*Lei e Crime – O Agente Infiltrado Vs. O Agente Provocador – Os Princípios de Processo Penal*”, Almedina, 2001.
“*O Novo Regime Jurídico do Agente Infiltrado – Comentado e Anotado – Legislação Complementar*”, Almedina, 2001.
- GONÇALVES, Manuel Lopes Maia** – “*Meios de Prova*”, in *Jornadas de Direito Processual Penal – O Novo Código de Processo Penal*, Coimbra, 1992.
“*Os Meios de Prova*”, in *Jornadas de Direito Processual Penal*, CEJ, Almedina, 1995.
“*Código de Processo Penal Anotado – Legislação Complementar*”, 16ª Edição, 2007, Almedina;
“*Código Penal Português – Anotado e Comentado – Legislação Complementar*, 18ª Edição, 2007, Almedina.
- HASSEMER, Winfried** - “*Processo Penal e Direitos Fundamentais*”, in *Jornadas Direito Processual Penale Direitos Fundamentais*”, coord. M^a Fernanda Palma, Almedina, 2004.
- HORST, Harthmuth** – “*Os Limites da Prevenção Criminal á Luz dos Direitos do Homem*”, RPCC, ano 8, 1998.
- INÁCIO, André** – “*O Crime Organizado e o seu Papel no Incremento do Terrorismo Salafista*”, *Estudos de Direito e Segurança*, coord. Jorge Bacelar Gouveia, Rui Pereira, André Inácio (et.al.), Coimbra, Almedina, 2007.
- JESCHECK, Hans Heinrich** – “*Tratado de Derecho Penal*”, Granada, 1993.

- KELSEN, Hans** – *Teoria Pura do Direito*, Tradução João Batista Machado, 7ª Edição, Almedina, 2008.
- LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães**, *A relação extradicional no direito Brasileiro*, Livraria Del Rey Editora, 2001.
- LOBO, Fernando Gama** – “*Droga – Legislação, Notas, Doutrina, Jurisprudência*”, *Quid Juris*, 2006.
- LOUREIRO, Joaquim** – “*Agente Infiltrado? Agente Provocador! Reflexões sobre o 1º Acórdão do TEDH – 9.Junho.1998, Condenação do Estado Português*”, Almedina, 2007.
- “*CEDH: Queixas contra o Estado Português*”, *Scientia Iuridica*, nº259/261, 1996.
- MACHADO, João Batista** – *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, 15ª Reimpressão, 2006.
- MAILLARD, Jean de** - *L’avenir du crime*, Flammarion, 1997.
- MALAN, Diogo Rudge** – “*Processo Penal do Inimigo*”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº59, Março- abril 2006, ano 14.
- MARTINS, A. G. Lourenço** – “*Droga – Prevenção e Tratamento*”, Coimbra, 1984;
- “*Luta contra o Tráfico de Droga – necessidades da investigação e sistema garantístico*”, *RMP*, ano 28, nº111, 2007.
- MARX, Gary T.** – *Undercover Police Surveillance in America*, University of California Press, London, England, 1988.
- MATA-MOUROS, Fátima** – “*O Agente Infiltrado*”, *RMP*, nº85, 2001;
- MEIREIS, Manuel Augusto Alves** – “*O Regime das Provas Obtidas pelo Agente Provocador em Processo Penal*”, Coimbra, Almedina, 1999;
- «*Homens de Confiança*». *Será o Caminho?* in II Congresso de Processo Penal”, Coimbra, Almedina, 2005.
- MELIÁ, Cancio** – “*Derecho Penal del Enemigo*”, Madrid, Civitas, 2003.
- MENDES, Paulo de Sousa** – “*As Proibições de Prova no Processo Penal*”, in *Jornadas de Processo Penal e Direitos Fundamentais*, coord. Mª Fernanda Palma, Almedina, 2004.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini** – “*Processo Penal*”, S.Paulo, Atlas, 1992.

- MONET, Jean-Calude** – *Polícias e sociedades na Europa*, Editora Universidade de S. Paulo, Brasil, 2006.
- MONTE, Mário Ferreira** – “*Anotação ao Relatório da Comissão Europeia dos Direitos do Homem, Processo n.º 25089/94, Francisco Teixeira de Castro contra Portugal*”, in *Scientia Jurídica*, – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro, nº 265 a 267, tomo XLVI, Universidade do Minho, 1997.
- MONTES, José Luis González** – “*Nuevas Reflexiones sobre a Proeba Elicita*” in *Primeiras Jornadas Sobre Problemas Actuales de la Justicia Penal*, Universidade de Granada, Granada, 1984.
- MOURA, José Souto de** – “*A Questão da Presunção de Inocência*”, *RPM*, nº42, ano II.
- NEWBURN, Tim, Williamson, Tom e Wright, Alan**, *Handbook of Criminal Investigation*, London, Willan Publishing Ltd, 2007.
- NOVAIS, Jorge Reis** – “*As restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*”, Coimbra Editora, 2003.
“*Direitos Fundamentais: triunfos contra a maioria*”, Coimbra Editora, 2006;
- ONETO, Isabel** – “*Agente Infiltrado – Contributo para a Compreensão do Regime Jurídico das Ações Encobertas*”, Almedina, 2002.
- PALMA, Maria Fernanda** – “*Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*”, Almedina, 2004.
“*Direito Constitucional Penal*”, Almedina, 2006.
- PASCOAL, José de Mello Freire**, “*Código Criminal Intentado Pela Rainha D. Maria I.*
- PEREIRA, Rui** – “*O Consumo e o Tráfico de Droga na Lei Penal Portuguesa*”, in *Revista do Ministerio Publico*, n.º 65.
“*O Dolo do Perigo*”, Lisboa, 1995.
“*A Produção de Informações de Segurança no Estado de Direito Democrático*”, *Separata da Revista de Ciência e Cultura da Universidade Lusitana*, Série Especial – Informações e Segurança Interna, 1998.
“*Terrorismo e Insegurança – A Resposta Portuguesa*”, *RMP*, nº98, 2004.
“*A Criminalidade Económica: Perspetivas Dogmáticas e Desafios Politico-Criminais*”, Estudos de Direito e Segurança, coord. Jorge Bacelar Gouveia, André Inácio (et.al.), Coimbra, Almedina, 2007.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

“Dos meios de obtenção de prova”- I Congresso de Processo Penal, Coordenação de Manuel Monteiro Guedes Valente, Almedina, 2005.

PINHEIRO, Luís Goes – *“O Branqueamento de Capitais e a Globalização (facilidades na reciclagem, obstáculos à repressão e algumas propostas de política criminal)”*, RPCC, nº12, 2002.

PINHEIRO, Rui / MAURICIO, Artur – *“Sobre a Presunção de Inocência do Arguido”*, in *Constituição e Processo Penal*, 1980.

PLANAS, Gabriel Garcia – *“Consideraciones en Torno Al Agente Provocador”*, in Cuadernos de Política Criminal, Madrid, 1982.

RODRIGUES, Anabela Miranda - *“Globalização, Democracia e Crime”*, in *II Congresso de Processo Penal – Memórias*, coord. Manuel Monteiro Guedes Valente, Almedina, Coimbra, 2006.

“A Globalização do Direito Penal – da pirâmide á rede ou entre a unificação e a harmonização”, Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, coord. António Menezes Cordeiro, Luis Menezes Leitão, Januário da Costa Gomes, Almedina, 2007.

“Criminalidade Organizada – Que Política Criminal”, *Estudos Jurídicos de Coimbra*, Juruá Editora, 2007.

RODRIGUES, J. N. Cunha – *“Os Senhores do Crime”*, RPCC, ano9, fasc.1º, 1999;

“Em Nome do Povo”, Coimbra, 1999.

“Sobre o Princípio da Igualdade de Armas”, in *Lugares do Direito*, Coimbra Editora, 1999.

RODRIGUES, João Paulo – *“Princípio da Legalidade, Acusatório e Política Criminal”*, RMP, ano21, nº83, Julho-Setembro 2000;

ROXIN, Claus – *“Política Criminal y Estructura del Delito”* – Elementos del delito en base a la Política Criminal, Editora PPU, Barcelona, 1992.

SANCHEZ, Silva – *“ Expansão do Direito Penal: Aspetos da Política Criminal nas Sociedades Pós-Industriais”*, trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 2002.

SANTIAGO, Rodrigo – *“O «Branqueamento» de Capitais e Outros Produtos do Crime: contributos para o estudo do art.23º do Decreto-Lei 15/93, de 22 de janeiro e do regime da prevenção da utilização do sistema financeiro no*

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

«branqueamento» (Decreto-Lei nº 313/93, de 15 de setembro)”, RPCC, ano 4, 1994.

SANTOS, António Almeida – “*O Ministério Público num Estado de Direito Democrático*”, RMP, nº76, ano 19, Lisboa, 2008.

SANTOS, M. SIMAS/ M. LEAL-HENRIQUES – “*Código de Processo Penal Anotado*”, vol. I, 2ª Edição, Editora Rei dos Livros, 2004.

SILVA, Germano Marques da - “*Princípios Gerais do Processo Penal*”, *Direito e Justiça*, RFCHUCP, vol.III, 1987/88.

“*Bufos, Infiltrados, Provocadores e Arrepentidos – Os Princípios Democrático e da Lealdade em Processo Penal*”, *Direito e Justiça*, F.D.U.Católica, Vol.VIII, Tomo II, 1994.

“*Curso de Processo Penal I*”, Verbo, 2000.

“*Curso de Processo Penal II*”, Verbo, 2002.

“*Meios Processuais Expeditos no Combate ao Crime Organizado (A Democracia em Perigo?)*”, Lusíada Direito, série II, n.º3, Univ. Lusíada, Lisboa, 2005.

“*Os Novos Desafios do Processo Penal*”, in *II Congresso de Processo Penal*, coord. Manuel Monteiro Guedes Valente (et. al.), Almedina, 2005.

“*Produção e Valoração da Prova em Processo Penal*”, *Revista do CEJ*, 1º Semestre de 2006, n.º4, 2006.

SILVA, Germano Marques da, apud Teresa Beleza e Outros, “*Apontamentos de Direito Processual Penal*”, vol. III, AAFDL, Lisboa, 1995.

SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria, *La expansion del derecho penal. Aspectos de la politica criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed. Revisada y ampliada, Madrid, 2001.

SOUSA, António Francisco de - “*Atuação Policial e Princípio da Proporcionalidade*”, RMP, nº76, ano 19, Lisboa, 1998.

VALENTE, Manuel Monteiro e Guedes - “*Processo Penal I*”, Almedina, 2004;

“*Terrorismo e Processo Penal: uma relação amarga*”, in *II Congresso de Processo Penal*, coord. Manuel Monteiro Guedes Valente (et.al.), Almedina, 2005.

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

“Da Segurança Pública: contributos para uma Tipologia”, *Estudos de Direito e Segurança*, coord. Jorge Bacelar Gouveia, Rui Pereira, André Inácio (et.al.), Coimbra, Almedina, 2007.

O Novo Regime Jurídico do Agente Infiltrado, Almedina, 2001.

VÁRIOS AUTORES – *“Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira”*, Coimbra Editora, 2004 (CEJ).

VÁRIOS AUTORES – *“I Congresso de Processo Penal”*, coord. Manuel Guedes Valente, Manuel da Costa Andrade, Germano Marques da Silva, Anabela Miranda Rodrigues, Almedina, 2005.

VÁRIOS AUTORES – *“Crise na Justiça – Reflexões e Contributos do Processo Penal”*, coord. Branca Martins da Cruz, Univ. Lusíada, 2007.

VÁRIOS AUTORES – *“As Teias do Terror. Novas Ameaças Globais”*, Ésquilo, 2006.

VÁRIOS AUTORES – *Liber Discipulorum Para Jorge de Figueiredo Dias*, AAVV, Coimbra Editora.

VICENTE, Dário Moura – *Direito Comparado, Volume I Introdução e Parte Geral*, Almedina, 2008.

VIDOCQ, Eugène François, *“Memoirs of Vidocq, Principal Agent of the French Police”*, Harvard College Library, 1829.

ZAFARONI, Eugenio Raúl – *“Impunidad del Agente Encubierto y del Delator: Una Tendencia Legistativa Latinoamericana”*, *Révue International de Droit Pénal*, ano 67, Toulouse, 1996.

REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS

1. **Lei nº 19/81**, de 18 de agosto - Convenção Europeia para a Repressão do Terrorismo;
2. **Decreto-Lei nº 430/83**, de 13 de dezembro - Lei da Droga;
3. **Decreto-Lei nº 15/93**, de 22 de janeiro - Regime Jurídico do Tráfico e Consumo de Estupefacientes e Psicotrópicos;
4. **Lei nº 36/94**, de 29 de setembro – Lei de Combate à Corrupção e à Criminalidade Económico-Financeira;
5. **Lei nº 45/96**, de 3 de setembro - Regime Jurídico do Tráfico e Consumo de Estupefacientes;
6. **Lei nº 93/99**, de 14 de Julho- Lei de Proteção de Testemunhas;
7. **Lei nº 144/99**, de 31 de Agosto – Cooperação Judiciária Internacional
8. **Lei nº 21/2000**, de 10 de agosto – Lei da Organização da Investigação Criminal (revogada pela Lei 49/2008, de 27 de agosto).
9. **DL 275-A/2000**, de 09 de novembro – Lei Orgânica da Polícia Judiciária.
10. **Lei nº 101/2001**, de 25 de agosto -Regime Jurídico das Ações Encobertas para Fins de Prevenção e Investigação Criminal;
11. **Lei nº 104/2001**, de 25 de agosto - Lei da Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal;
12. **Lei nº 5/2002**, de 11 de janeiro - Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira;
13. **DL nº 305/2002**, de 13 de dezembro - Alteração da Lei da Organização da Investigação Criminal;
14. **Lei nº 52/2003**, de 22 de agosto - Lei de Combate ao Terrorismo;
15. **Lei nº 65/2003, de 23 de Agosto** - Mandado de Detenção Europeu
16. **Lei nº 48/2007**, de 29 de agosto - 15.ª alteração ao Código de Processo Penal;
17. **Lei nº 53/2007**, de 31 de agosto (Lei Orgânica da PSP)
18. **Lei nº 59/2007**, de 4 de setembro –23.ª alteração ao Código Penal;
19. **Lei 67/2007**, de 31 de dezembro - Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas;
20. **Lei 63/2007**, de 6 de novembro (Lei Orgânica da GNR);
21. **Lei 37/2008**, de 6 de agosto (Lei Orgânica da PJ);

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

22. **Lei 49/2008**, de 27 de agosto – Lei da Organização da Investigação Criminal (LOIC)
23. **Lei 38/2009**, de 20 de Julho – Objetivos, prioridades e orientações de política criminal para o biénio 2009-2011
24. **Lei 109/2009**, de 17 de Agosto - Lei do Cibercrime

LINKS INTERNET

<http://www.stj.pt/jurisprudencia/basedados->
http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/fight_against_organised_crime/index_en.htm.
<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=287&invol=435>
<http://www.legifrance.gouv.fr/>
<http://www.justice.gov/ag/readingroom/guidelines.pdf>
<http://www.dgsi.pt/pgrp>
[http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/combating:](http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/combating)
<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>
http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_criminal_matters/133167_pt.htm.
<https://www.europol.europa.eu>
<http://eurojust.europa.eu/about/background/Pages/History.aspx>
<http://www.justice.gov/oig/reports/2013/a1323.pdf>
<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/23/section/29>.

JURISPRUDÊNCIA

1. **Sorrells v. United States** - 287 U.S. 435 (1932)
2. **Acórdão STJ** de 12 de junho de 1990 (proc. nº 40 983)
3. **Jacobson v United States** No. 90-1124 (April 6, 1992)
4. **Acórdão STJ** de 5 de maio de 1994 (proc. nº 46. 385)
5. **Acórdão STJ** de 22 de junho de 1995 (proc. nº 47.997)

ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

6. **Acórdão STJ** de 6 de julho de 1995 (proc. nº 48099)
7. **Acórdão STJ** de 28 de setembro de 1995 (proc. 047915)
8. **Acórdão STJ** de 2 de novembro de 1995 (proc. nº 47738)
9. **Acórdão STJ** de 21 de março de 1996
10. **Acórdão STJ** de 15 de janeiro de 1997 (proc. nº 870/96)
11. **Acórdão TRL** de 27 de maio de 1997
12. **Acórdão do TC** nº 578/98, de 14 de outubro
13. **Acórdão STJ** de 13 de junho de 1999 (proc. nº 98/P999)
14. **Acórdão do TC** nº 102/00, de 22 de fevereiro
15. **Acórdão TRL** de 12 de julho de 2000
16. **Acórdão do TC** nº 76/2001, de 14 de fevereiro
17. **Acórdão STJ** de 30 de outubro de 2002 Proc. 2118/02
18. **Acórdão STJ** de 20 de fevereiro de 2003 (proc. nº 4510/2002)
19. **Acórdão STJ** de 06 maio 2004, Proc. 1138/04
20. **Acórdão STJ** de 09 de junho de 2005, Proc. 1015/05 – 3ª secção
21. **Acórdão STJ** de 30 de novembro de 2005, Proc. 3349/05 – 3ª Secção
22. **Acórdão STJ** de 29 de novembro de 2006
23. **Acórdão Supremo Tribunal Espanhol** proc. 7815/2007